

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**MESTRADO CIENTÍFICO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-ECONÓMICAS**  
**ESPECIALIDADE EM DIREITO FISCAL**



**FACULDADE DE DIREITO**  
**UNIVERSIDADE DE LISBOA**

**DA COMPATIBILIDADE DAS REGRAS DE LIMITAÇÃO DE BENEFÍCIOS COM O**  
**DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA**

*Em busca do equilíbrio entre o ideal e o justo*

**RITA JOÃO COSTA**

**LISBOA**  
**2018**

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**FACULDADE DE DIREITO**



**FACULDADE DE DIREITO**  
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**DA COMPATIBILIDADE DAS REGRAS DE LIMITAÇÃO DE BENEFÍCIOS COM O  
DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA**

*Em busca do equilíbrio entre o ideal e o justo*

Dissertação de Mestrado elaborada pela mestranda Rita João Costa, e submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito para a obtenção do título de Mestre no Curso de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Económicas, especialidade em Direito Fiscal, sob a orientação da Professora Doutora Ana Paula do Valle-Frias de Madureira e Piedade Dourado

**LISBOA**

**2018**

## **AGRADECIMENTOS**

Quando decidi ‘aventurar-me’, na Escola de Lisboa, para estudar Direito Fiscal, estava longe de adivinhar a lufada de ar fresco e a perceção de realidade que as aulas da Senhora Professora Doutora Ana Paula Dourado trariam para o meu (ainda muito) modesto conhecimento nesta área. Neste trabalho, tive o privilégio da sua orientação e, por isso, e pelo demais, presto o meu sincero agradecimento.

Não posso deixar de agradecer, também, os ensinamentos de rigor e de excelência da Senhora Professora Doutora Paula Rosado Pereira, bem como o entusiasmo na partilha de conhecimentos e o desafio aos pensamentos que sempre marcaram as aulas de Mercados Financeiros lecionadas pela Senhora Professora Doutora Rute Saraiva.

Aos meus colegas de mestrado, aqueles que se tornaram amigos, deixo o meu profundo agradecimento, pela partilha de pensamentos, pela confiança e o incentivo que surgiram sempre na hora mais certa.

Agradeço aos meus colegas de trabalho por terem sido tão compreensivos e solidários com a minha ausência.

À Luegi, que nunca deixou de acreditar e nunca me deixou cair, e à Matilde, que assiste a todos os momentos de sufoco e que também os vive, obrigada.

À minha família, agradeço por ter permitido todo este percurso e por todo o esforço e abnegação que isso implicou, durante muito tempo.

Agradeço ao Nuno, o primeiro a motivar a realização deste trabalho e aquele que sempre acreditou, muito antes de eu própria acreditar. Mais do que um companheiro, foi a minha inspiração. Um exemplo de excelência que admiro e que jamais serei capaz de igualar.

## RESUMO

As cláusulas de limitação de benefícios surgiram, no contexto da celebração de convenções de dupla tributação, para combater o fenómeno do *treaty shopping*. Porém, da aplicação destas cláusulas resultam restrições às liberdades fundamentais previstas no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, concretamente à liberdade de estabelecimento, à livre circulação de capitais bem como à livre prestação de serviços. Uma vez que o recurso a este tipo de cláusulas tem sido incentivado, nos últimos tempos, por organizações internacionais que estão cada vez mais preocupadas com a perda de receitas dos Estados causada, em parte, por aquele fenómeno, é importante aferir em que medida as cláusulas de limitação de benefícios poderão colocar em causa o Direito da União Europeia. É, também, essencial, aferir em que medida poderão aquelas cláusulas ser justificadas, adequadas e proporcionais. Assim, considerar a jurisprudência firmada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia assume crucial importância, aquando da análise da compatibilidade das cláusulas de limitação de benefícios com aquelas liberdades fundamentais. Os argumentos dos Estados e o entendimento preconizado pelos Advogados-Gerais são importantes vetores para a análise das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Ademais, importa notar os desenvolvimentos que, nesta matéria, têm sido levados a efeito, desde a Ação 6 do Plano BEPS, até à Convenção Multilateral, que ilustram, de forma clara, a preocupação com as consequências emergentes do abuso dos tratados. Neste contexto, também não deixamos de ponderar a posição da Comissão Europeia quanto ao recurso a cláusulas de limitação de benefícios para o combate ao abuso dos tratados. Se é certo que o *treaty shopping* pode ser combatido através da inclusão de cláusulas de limitação de benefícios nas convenções fiscais, não é menos certo que as liberdades fundamentais devem ser protegidas. Estamos, assim, em busca do equilíbrio entre o ideal e o justo.

**Palavras-chave:** *treaty shopping*, cláusulas de limitação de benefícios, BEPS, Convenção Multilateral, Direito da União Europeia.

## ABSTRACT

The limitation-on-benefits clauses came up, in the context of the conclusion of double tax treaties, with the aim of counteract the phenomenon of *treaty shopping*. However, the application of such clauses may lead to restrictions to the fundamental freedoms foreseen in the Treaty of the Functioning of the European Union, such as the freedom of establishment, the free movement of capital as well as the freedom to provide services. In fact, the use of such clauses has been encouraged, in recent times, by international organizations that are becoming more and more aware of the states' revenue loss caused, partly, by the *treaty shopping* phenomenon. Thus, it becomes important to ascertain to what extent the limitation-on-benefits clauses may jeopardize the European Union Law. It is also essential to assess to what extent the limitation-on-benefits clauses can be justified, adequate and proportional. Thus, to analyze the compatibility of the limitation-on-benefits clauses with those fundamental freedoms it is of highest relevance to consider the Court of Justice of the European Union's case law. The states' allegations, as well as the understanding of the advocates-general, are important vectors for the analysis of the decisions rendered by the Court of Justice of the European Union. Notably, it is also important to consider the recent developments related to this issue, that have been effected, since the "*Action 6 – Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*", until the "*Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*", which both clearly illustrate the concerns with the consequences arising from the treaty abuse. In this context, it is also considered the opinion of the European Commission regarding the use of limitation-on-benefits clauses to counteract the treaty abuse. Although it is true that *treaty shopping* can be counteracted through the inclusion of limitation-on-benefits clauses in the tax treaties, it is also true that the fundamental freedoms shall be protected. We are thereby in search for the balance between the ideal and the fair.

**Keywords:** *treaty shopping*, limitation-on-benefits clauses, BEPS, Multilateral Instrument, European Union Law.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

**BEPS** – Base Erosion and Profit Shifting

**OCDE** – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

**G20** – Grupo dos 20

**LOB** – Limitation-On-Benefits

**PPT** – Principal Purpose Test

**EUA** – Estados Unidos da América

# ÍNDICE

<b>I. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>II. CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO DAS REGRAS DE LIMITAÇÃO DE BENEFÍCIOS .....</b>	<b>12</b>
<b>1. CONCEITO DE REGRAS DE LIMITAÇÃO DE BENEFÍCIOS (CLÁUSULAS GERAIS ANTIABUSO VS. CLÁUSULAS ESPECÍFICAS ANTIABUSO).....</b>	<b>13</b>
<b>2. CARACTERÍSTICA ANTIELISIVA DAS REGRAS DE LIMITAÇÃO DE BENEFÍCIOS.....</b>	<b>16</b>
<b>3. A REGRA DE LIMITAÇÃO DE BENEFÍCIOS NO MODELO DE CONVENÇÃO DOS EUA (2016) .....</b>	<b>19</b>
<b>3.1. Os “testes” .....</b>	<b>21</b>
<b>3.1.1. O “Ownership Test” .....</b>	<b>21</b>
<b>3.1.2. O “Base Erosion Test” .....</b>	<b>23</b>
<b>3.1.3. O “Headquarters Company Test” .....</b>	<b>27</b>
<b>3.1.4. O “Derivative Benefits Test” .....</b>	<b>28</b>
<b>4. A REGRA DE LIMITAÇÃO DE BENEFÍCIOS NAS CONVENÇÕES PORTUGUESAS .....</b>	<b>28</b>
<b>III. A REGRA DE LIMITAÇÃO DE BENEFÍCIOS NA AÇÃO 6 DO PLANO BEPS E NA CONVENÇÃO MULTILATERAL .....</b>	<b>32</b>
<b>1. A REGRA DE LIMITAÇÃO DE BENEFÍCIOS NA AÇÃO 6 DO PLANO BEPS .....</b>	<b>32</b>
<b>1.1. Residentes qualificados.....</b>	<b>35</b>
<b>1.1.1. Os “testes” .....</b>	<b>37</b>
<b>1.1.1.1. O “active conduct of a business” .....</b>	<b>37</b>
<b>1.1.1.2. O “derivative benefits test” .....</b>	<b>39</b>
<b>1.1.1.3. A “discretionary relief clause” .....</b>	<b>39</b>
<b>1.1.2. O “Principal Purpose Test (PPT rule)” .....</b>	<b>40</b>
<b>2. A REGRA DE LIMITAÇÃO DE BENEFÍCIOS NA CONVENÇÃO MULTILATERAL .....</b>	<b>42</b>
<b>IV. A RELAÇÃO ENTRE AS REGRAS DE LIMITAÇÃO DE BENEFÍCIOS E AS LIBERDADES FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA – DISCRIMINATÓRIAS, MAS PROPORCIONAIS? .....</b>	<b>49</b>
<b>1. AS LIBERDADES FUNDAMENTAIS DO TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA .....</b>	<b>49</b>
<b>2. A LIBERDADE DE ESTABELECIMENTO.....</b>	<b>55</b>
<b>2.1. ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE DOS “TESTES” .....</b>	<b>56</b>
<b>3. A LIVRE CIRCULAÇÃO DE CAPITAIS.....</b>	<b>60</b>
<b>3.1. ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE DOS “TESTES” .....</b>	<b>61</b>
<b>4. A LIVRE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS .....</b>	<b>61</b>
<b>4.1. ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE DOS “TESTES” .....</b>	<b>62</b>
<b>5. A JUSTIFICAÇÃO E O TESTE DA PROPORCIONALIDADE PERANTE REGRAS DISCRIMINATÓRIAS ..</b>	<b>63</b>
<b>V. JURISPRUDÊNCIA RELEVANTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA .....</b>	<b>71</b>

<b>1. OS ARGUMENTOS INVOCADOS PELOS ESTADOS .....</b>	<b>71</b>
<b>2. O ENTENDIMENTO PRECONIZADO PELOS ADVOGADOS GERAIS .....</b>	<b>88</b>
<b>3. AS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA.....</b>	<b>103</b>
<b>4. EXISTIRÁ UMA NOVA LINHA DE ARGUMENTAÇÃO APÓS A CONVENÇÃO MULTILATERAL E O PLANO BEPS? .....</b>	<b>118</b>
<b>5. O SILÊNCIO DA COMISSÃO EUROPEIA NA DIRETIVA (UE) 2016/1164 DO CONSELHO DE 12 DE JULHO DE 2016 .....</b>	<b>119</b>
<b>VI. CONCLUSÕES .....</b>	<b>123</b>
<b>VII. BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>134</b>



## I. INTRODUÇÃO

Os Estados-Membros da União Europeia têm liberdade para celebrar convenções de dupla tributação seguindo o Modelo de Convenção da OCDE, podendo nelas incluir cláusulas de limitação de benefícios que, assentes em presunções de abuso ou elisão fiscal, surgem para demarcar a atribuição dos benefícios consagrados nas convenções, limitada aos residentes num dos Estados Contratantes, sob condições específicas.

Aquela liberdade pode, contudo, terminar precisamente onde começam as liberdades de estabelecimento, de circulação de capitais e de prestação de serviços garantidas pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Uma vez aplicadas, as cláusulas de limitação de benefícios poderão revelar-se discriminatórias ou restritivas do gozo daquelas liberdades. O Tribunal de Justiça da União Europeia assume um papel crucial – meritório ou não – para a salvaguarda daquelas liberdades e para a garantia do mercado interno, indagando sobre se eventuais discriminações em razão da nacionalidade e restrições daquelas liberdades (à saída ou à entrada) poderão considerar-se justificadas por razões imperiosas de interesse geral, sendo adequadas aos objetivos que visam e proporcionais, não excedendo o necessário para os atingir.

Numa altura particularmente ‘agitada’, em especial após a divulgação do plano, encetado pela OCDE e pelo G20, de combate à erosão das bases tributáveis e à transferência de lucros [o tão comentado *Base Erosion and Profit Shifting Project* (BEPS)], cumpre-nos trazer à colação, para o debate sobre a compatibilidade das cláusulas de limitação de benefícios com as liberdades garantidas pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, o tema do abuso ou elisão fiscal, concretamente do *treaty shopping*.

As cláusulas de limitação de benefícios têm origem na prática norte-americana e foi com base nessa experiência que o plano de ação, levado a cabo pela OCDE e pelo G20, veio sugerir, na sua ‘*Action 6 – Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*’, a inclusão de cláusulas de limitação de benefícios daquele âmbito, estrutura e metodologia, nas convenções de dupla tributação a celebrar com os Estados. Este plano de ação levou ao desenvolvimento de uma Convenção Multilateral para Prevenir a Erosão das Bases Tributáveis e a Transferência de Lucros onde se inclui, também, uma Cláusula de Limitação de Benefícios.

A Comissão Europeia, porém, tem vindo a demonstrar-se reticente, por vezes até silente, quanto à adoção deste tipo de cláusulas.

Entendendo-se as cláusulas de limitação de benefícios como importantes instrumentos que permitem combater o abuso ou elisão fiscal das convenções através do fenómeno do *treaty shopping*, não podemos descurar a importância do respeito pelas liberdades fundamentais que o Direito da União Europeia consagra e de que o Tribunal de Justiça da União Europeia é garante.

Partindo de um conceito e de uma caracterização genérica das cláusulas de limitação de benefícios enquanto regras específicas antiabuso, analisar-se-á a cláusula de limitação de benefícios consagrada no Modelo de Convenção dos Estados Unidos da América (2016), e algumas das cláusulas de limitação de benefícios consagradas nas convenções portuguesas que, por inspiração da experiência norte-americana, foram sendo incluídas até antes de o Modelo de Convenção da OCDE as prever no seu articulado. De seguida, partir-se-á para uma análise da cláusula de limitação de benefícios recomendada pela OCDE e pelo G20, também ela consagrada na Convenção Multilateral da qual Portugal é já signatário. Depois de compreendermos em que moldes assentam aquelas cláusulas, averiguar-se-á a relação que se estabelece entre a aplicação de cláusulas daquele teor e a garantia das liberdades fundamentais do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Residindo a grande dúvida em saber se poderá – considerando as cláusulas de limitação de benefícios discriminatórias ou restritivas das liberdades de estabelecimento, de circulação de capitais e de prestação de serviços –, aceitar-se a sua justificação, adequação e proporcionalidade, far-se-á uma análise de alguns dos casos que foram objeto de decisão por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia, em concreto dos argumentos invocados pelos Estados, do entendimento preconizado pelos Advogados-Gerais e das decisões exaradas por aquele douto Tribunal, de maneira a deslindar as possíveis justificações que, sendo adequadas e proporcionais, poderão elucidar o tema em debate.

A análise da compatibilidade das cláusulas de limitação de benefícios com o Direito da União Europeia, que aqui nos propomos desenvolver, não pode alhear-se da inclusão de uma cláusula de limitação de benefícios na Convenção Multilateral, à semelhança da cláusula recomendada na ‘*Action 6 – Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*’, embora não possa também ser desconsiderada a posição da Comissão sobre as cláusulas de limitação de

benefícios que se induz, não só, mas sobretudo, da recomendação de inclusão de uma cláusula geral antiabuso na Diretiva antielisão.

Assumindo a crucial importância da utilização das cláusulas de limitação de benefícios para combater a elisão fiscal – sem entrar em considerações acerca da sua eficácia – que tem vindo a ser altamente ‘censurada’, em muito devido aos esforços das organizações internacionais, pretende-se, com este trabalho, demonstrar em que medida poderão estas cláusulas compaginar-se com as liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Configurarão as cláusulas de limitação de benefícios instrumentos ‘legítimos’ na luta contra a elisão fiscal? Ou estarão os Estados-Membros da União Europeia limitados (em armas) naquele combate? É precisamente a estas questões que pretendemos dar resposta, procurando buscar um equilíbrio entre o que seria ideal e o justo.

## II. CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO DAS REGRAS DE LIMITAÇÃO DE BENEFÍCIOS

A tributação transfronteiriça, pressupondo a existência de vários ordenamentos jurídico-tributários, é articulada por uma vasta rede de Convenções de Dupla Tributação, enquanto instrumentos bilaterais, utilizados por dois Estados Contratantes, a fim de serem asseguradas vantagens para os seus residentes, assente a negociação das mesmas numa base de reciprocidade<sup>1</sup>.

A inserção de cláusulas de limitação de benefícios nas convenções internacionais para evitar a dupla tributação, é uma prática reconhecida no contexto da elisão fiscal subjetiva, operando através dos elementos de conexão subjetivos, tais como a residência ou domicílio do sujeito passivo.

Importa, contudo, notar que a elisão fiscal internacional é diferente da evasão fiscal, uma vez que não se trata necessariamente de um ato ilícito praticado por parte de um contribuinte. Seguindo de perto os ensinamentos de ALBERTO XAVIER<sup>2</sup>, a elisão fiscal internacional implica que haja um ordenamento fiscal mais favorável, quando comparado com outros ordenamentos, bem como a possibilidade de escolha, por parte de um contribuinte, desse ordenamento mais favorável, de forma a influenciar a produção do facto ou dos factos geradores nesse ordenamento<sup>3</sup>.

Os tratados bilaterais visam prevenir a dupla tributação internacional, e os benefícios que neles se preveem aplicam-se aos contribuintes que são residentes num dos Estados Contratantes integrando, assim, o âmbito pessoal do tratado<sup>4</sup>. A residência e o domicílio do sujeito passivo constituem os elementos de conexão subjetivos através dos quais opera a elisão fiscal subjetiva (suscetíveis de manipulação)<sup>5</sup>. Quer isto dizer que, no que respeita ao domicílio das pessoas

---

<sup>1</sup> Maria Borg Scicluna, *An Analysis of the Limitation on Benefits Clause in the New US-Malta Double Taxation Agreement*, The EC Tax Journal, Volume 12, (2011-12), (páginas 211-247), página 212.

<sup>2</sup> Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional*, 2ª Edição Almedina (2009) (colaboração de Clotilde Celorico Palma e Leonor Xavier), (página 351 e seguintes);

No mesmo sentido: Ana Paula Dourado, *Direito Fiscal Lições*, Almedina (2016).

<sup>3</sup> De notar que a elisão fiscal internacional não se pode confundir com simulação, nem com fraude, nem com o abuso de direito. Para mais desenvolvimentos, veja-se Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional*, 2ª Edição Almedina (2009) (colaboração de Clotilde Celorico Palma e Leonor Xavier), (página 351 e seguintes).

<sup>4</sup> Patrick Plansky e Hermann Schneeweiss, *Limitation on Benefits: From the US Model 2006 to the Act Group Litigation*, INTERTAX, Volume 35, Issue 8/9, (2007), (páginas 484-493).

<sup>5</sup> Gustavo Lopes Courinha, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário – Contributos para a sua Compreensão*, Almedina (2004), (página 18 e seguintes);

Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional*, 2ª Edição Almedina (2009) (colaboração de Clotilde Celorico Palma e Leonor Xavier), (página 397 e seguintes);

Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*, Almedina (2017), (página 51 e seguintes).

coletivas (a sede estatutária, a direção efetiva ou o país de incorporação) existe o perigo de que, com a pretensão de se evitar a sujeição a um determinado ordenamento tributário ou de se atrair a aplicação do regime tributário mais favorável, o domicílio seja escolhido ou deslocado para esse fim. Estamos, assim, perante uma situação de uso impróprio ou abusivo das convenções ou de *'treaty shopping'*, como também é designado, «*in other words, a person 'shops' into an otherwise unavailable tax treaty*»<sup>6</sup>. A residência num dos Estados Contratantes pode ser escolhida de maneira a que se aproveite do regime mais favorável de um tratado que, de outro modo, não seria de se aplicar<sup>7</sup>.

A inserção de cláusulas (nas convenções internacionais celebradas) que limitam a sua aplicação aos casos em que as pessoas residentes são as beneficiárias efetivas do rendimento, ressalvados os casos em que não passam de meros «*canais de retransmissão de rendimentos, sem outro objecto real*»<sup>8</sup>, serve de combate ao fenómeno do *'treaty shopping'*. É o caso das regras ou cláusulas de limitação de benefícios, que, a fim de combaterem o *'treaty shopping'*, são inseridas e aplicadas nas convenções de dupla tributação para restringir ou limitar o acesso (presumido de abusivo) aos benefícios que nelas se preveem.

Vejamos o conceito de regras de limitação de benefícios e afirmamos sobre a sua característica antielisiva.

## **1. CONCEITO DE REGRAS DE LIMITAÇÃO DE BENEFÍCIOS (CLÁUSULAS GERAIS ANTIABUSO VS. CLÁUSULAS ESPECÍFICAS ANTIABUSO)**

Todas as regras que impõem a existência de uma residência qualificada podem denominar-se cláusulas de limitação de benefícios embora, em bom rigor, as cláusulas de limitação de benefícios se caracterizem pela sua estrutura e pelo seu *modus operandi*. Em comum com as cláusulas gerais antiabuso, têm o seu âmbito de aplicação e a sua finalidade. O que distingue estas cláusulas específicas antiabuso das cláusulas gerais antiabuso é mesmo o seu modo de reação (ou de aplicação) que é marcadamente rígido. Tal como refere J. L. SALDANHA SANCHES, são normas

---

<sup>6</sup> Patrick Plansky e Hermann Schneeweiss, *Limitation on Benefits: From the US Model 2006 to the Act Group Litigation*, INTERTAX, Volume 35, Issue 8/9, (2007), (páginas 484-493).

<sup>7</sup> José Casalta Nabais, *Direito Fiscal*, 8ª Edição, Almedina (2015), (página 220).

<sup>8</sup> Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional*, 2ª Edição Almedina (2009) (colaboração de Clotilde Celorico Palma e Leonor Xavier), (página 403).

antiabuso, atendendo-se «*ao seu campo de operatividade restrito*»<sup>9</sup>. Citando GUSTAVO LOPES COURINHA, «[d]e facto, se porventura não será fácil encontrar, no mundo do Direito Fiscal, algo mais amplo do que uma [cláusula geral antiabuso], também dificilmente existirá algo tão *estático* como o recurso a normas especiais anti-abuso»<sup>10</sup>. (realce nosso)

Tal como bem elucida J. L. SALDANHA SANCHES, as regras específicas antiabuso, são regras de previsão fechada que se reportam a uma «*factispécie*», e que apesar de conferirem segurança jurídica na sua aplicação, falta-lhes a flexibilidade ou amplitude necessárias à conformação justa dos casos concretos<sup>11</sup>.

As cláusulas de limitação de benefícios, tal como aparecem definidas por GUSTAVO LOPES COURINHA, são cláusulas que fazem uma delimitação subjetiva das convenções de dupla tributação, tendo por base «*padrões prévios de configuração jurídica e recorrendo a presunções tendencialmente absolutas*»<sup>12</sup>, e que não se devem confundir com as cláusulas que, apesar de serem chamadas de limitação de benefícios, não o são verdadeiramente (que contém cláusulas de limitação de benefícios impróprias). Estas últimas procuram combater a elisão fiscal subjetiva internacional através de processos e soluções diferentes do modelo americano (cláusulas de limitação de benefícios típicas). Na esteira de GUSTAVO LOPES COURINHA, as regras de limitação de benefícios são amplamente extensas, complexas, formuladas e aplicadas numa metodologia muito própria que passa pelo trabalho das administrações fiscais de verificarem, à luz daquelas rígidas formulações, a residência qualificada dos contribuintes.

A estas cláusulas podem apontar-se não só defeitos, como também virtudes, sendo que estes são os mesmos que se apontam no debate entre regras especiais antiabuso no direito

---

<sup>9</sup> J. L. Saldanha Sanches, *Os limites do planeamento fiscal – substância e forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra Editora, (2006), (página 199 e seguintes).

<sup>10</sup> Gustavo Lopes Courinha, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário – Contributos para a sua Compreensão*, Almedina (2004), retirado da página 95.

<sup>11</sup> J. L. Saldanha Sanches, *Os limites do planeamento fiscal – substância e forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra Editora, (2006), (página 230 e seguintes).

<sup>12</sup> Gustavo Lopes Courinha, *A Residência no Direito Internacional Fiscal – Do abuso subjectivo de convenções*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Económicas Especialidade de Direito Fiscal (2011), retirado da página 636.

interno<sup>13</sup> <sup>14</sup>. São cláusulas que «*apresentam testes de substancialidade, mas de cariz eminentemente mecânico, onde a densificação conceptual e o papel do intérprete são reduzidos – e, de preferência, automatizados – reflectindo uma visão limitativa da tarefa hermenêutica e a opção pela aplicação tendencialmente irreflectida da lei, no que denotam a ausência de preocupação com a justiça do caso concreto. E, embora o problema tenda a ser minorado por via da aposição de cláusulas de salvaguarda – normalmente, baseadas em critérios amplos de boa fé – decorrem desta aplicação semi-automática inúmeros obstáculos à busca da solução justa*<sup>15</sup>». Pelo contrário, as cláusulas gerais permitem uma margem de apreciação útil, embora as cláusulas de limitação de benefícios, enquanto cláusulas específicas, se assumam como portadoras de uma forte segurança para as operações, uma vez que a intervenção da administração é reduzida e os tribunais de pouco ângulo dispõem para a conformação do caso. Assim, se por um lado é descurada a justiça do caso concreto, por outro lado, confere-se mais certeza e segurança jurídicas na aplicação de tais regras<sup>16</sup>.

Estas cláusulas de limitação de benefícios são compostas por inúmeros testes que, uma vez preenchidos, tornam os contribuintes automaticamente qualificados para acederem às vantagens das convenções. As válvulas de segurança tornam-se, aqui, essenciais por conferirem maior justiça na aplicação de tais regras, servindo especificamente para os casos em que negar o acesso às vantagens de uma convenção não se justifica, por ser injusto do ponto de vista da substancialidade

---

<sup>13</sup> Gustavo Lopes Courinha, *A Residência no Direito Internacional Fiscal – Do abuso subjectivo de convenções*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Económicas Especialidade de Direito Fiscal (2011), (página 653 e nota de rodapé aí citada n.º 1279).

<sup>14</sup> Atenta a explicação de J. L. SALDANHA SANCHES, os problemas gerais das regras específicas antiabuso residem na «*complexificação exponencial do ordenamento jurídico*», nos «*perigos da interpretação estritamente literal das normas*», na «*necessidade de interpretação constitucionalmente conforme*» Vide, J. L. Saldanha Sanches, *Os limites do planeamento fiscal – substância e forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra Editora, (2006), (páginas 208-214).

<sup>15</sup> Gustavo Lopes Courinha, *A Residência no Direito Internacional Fiscal – Do abuso subjectivo de convenções*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Económicas Especialidade de Direito Fiscal (2011), citado da página 652.

<sup>16</sup> É interessante salientar a opinião de GUSTAVO LOPES COURINHA que alerta para a importância da justiça do caso concreto (que é uma falha apontada às cláusulas específicas antiabuso) e também para o facto de que a segurança ou a previsibilidade que muitas vezes se associa às cláusulas específicas antiabuso, para justificar a falta de justiça casuística, pode ser questionável, desde logo porque são normas altamente complexas e extensas que recorrem a conceitos amplos, em muitas das vezes, dependentes de conceitos internos dos Estados. E, sobre questionar a segurança jurídica das cláusulas específicas antiabuso, como é o caso das cláusulas de limitação de benefícios, o mesmo se dirá a propósito das cláusulas de salvaguarda que além de conterem também conceitos amplos, deixam uma ampla margem de discricionariedade. O autor entende que o sacrifício da justiça do caso concreto não se consegue justificar pela segurança (que é só ilusória) que as cláusulas de limitação de benefícios prometem. Vide: Gustavo Lopes Courinha, *A Residência no Direito Internacional Fiscal – Do abuso subjectivo de convenções*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Económicas Especialidade de Direito Fiscal (2011), (página 660 e seguintes).

subjacente a determinada transação que, *a priori*, se entenderia, sem mais, elisiva. Existem estruturas que se entendem, desde logo, isentas de pretensões elisivas, embora existam também as que, *per se*, se entendem elisivas e, por isso, impedem ou rejeitam o acesso às vantagens consagradas nas convenções. Vemos, assim, que a admissão ou rejeição do ‘*treaty shopping*’ depende de critérios para se averiguar a possível elisão subjacente a uma operação ou transação cuja densidade pode ser questionável<sup>17</sup>.

Deste modo, as cláusulas de limitação de benefícios assumem-se como regras específicas antiabuso, cuja estrutura e aplicação conferem, em teoria, maior certeza e segurança jurídica. Contudo, por serem formuladas por testes objetivos, pecam por descurar a justiça do caso concreto, assentando em presunções de elisão quase absolutas, sem deixar margem para uma apreciação subjetiva, individualizada, focada nas circunstâncias e factos de cada caso. Ademais, a pretensa atenuação desse defeito, através da aplicação das ditas válvulas de segurança, não confere certeza jurídica dada a ampla margem de apreciação que aquelas encerram.

## **2. CARACTERÍSTICA ANTELISIVA DAS REGRAS DE LIMITAÇÃO DE BENEFÍCIOS**

Já adiantámos que as cláusulas de limitação de benefícios foram especialmente estruturadas para combater o ‘*treaty shopping*’, sendo que, segundo estas cláusulas, não basta que o contribuinte seja residente<sup>18</sup>, tendo que ser um residente qualificado, na medida em que se afigura necessária a existência de uma ligação ao Estado Contratante, suficientemente capaz de espelhar a isenção de intenções de natureza elisiva<sup>19</sup>.

Nestes termos, as cláusulas de limitação de benefícios surgem para impedir o acesso aos benefícios de uma convenção, quando uma residência é detida por razões meramente formais. Estas cláusulas específicas contemplam vários testes que, uma vez preenchidos, qualificam um

---

<sup>17</sup> Neste sentido, atente-se a crítica feita por GUSTAVO LOPES COURINHA no sentido de que «*sob a perspectiva LOB, o treaty shopping é admitido ou rejeitado consoante a natureza das entidades que o praticam, a actividade desenvolvida ou a composição do capital social, critérios que, importa reconhecer, não são por si mesmos, de um prisma jurídico-económico, pedras de toque infalíveis para aquilatar (em rigor, avalizar) o cariz elisivo ou não elisivo da operação*». Vide: Gustavo Lopes Courinha, *A Residência no Direito Internacional Fiscal – Do abuso subjectivo de convenções*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Económicas Especialidade de Direito Fiscal (2011), (citado da página 660).

<sup>18</sup> Confrontem-se os artigos 1.º e 4.º do MCOCDE.

<sup>19</sup> Ekkehart Reimer and Alexander Rust, *Article 1*, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, 4.º ed., The Netherlands, (2015), (parágrafo 63).



residente para beneficiar da convenção<sup>20</sup>. Estes testes assumem um papel crucial na tarefa de desvendar tal formalidade, combatendo o ‘*treaty shopping*’, levando a uma avaliação objetiva aquando da aferição do acesso do contribuinte ao regime convencional.

Podemos, à semelhança do raciocínio feito por GUSTAVO LOPES COURINHA, olhar para as cláusulas de limitação de benefícios tanto de um ponto de vista mais amplo, quanto de um ponto de vista mais restrito. *Latu senso*, todas as cláusulas que implicam uma residência qualificada seriam consideradas cláusulas de limitação de benefícios, na medida em que recusam o acesso a certos benefícios decorrentes das convenções. De forma mais rigorosa, podemos caracterizar as cláusulas pela sua estrutura e pelo seu *modus operandi*<sup>21</sup>.

Tal como adiantámos *supra*, as cláusulas de limitação de benefícios são cláusulas extensas e complexas que, por serem demasiado objetivas e assentarem em presunções de elisão, podem deixar escapar situações isentas de elisão fiscal, onde a substancialidade de uma operação existe efetivamente, ainda que, à primeira vista ou a olho nu, isso não transpareça. Assim, o *modus operandi* destas cláusulas é marcado pelo recurso a testes-padrão que, uma vez estando preenchidos pelo sujeito passivo, qualificá-lo-ão para beneficiar das vantagens decorrentes das convenções. Basta que seja muito provável que certas características de determinadas estruturas jurídicas espelhem elisão.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (doravante, OCDE) sugeriu que os Estados-Membros adotassem uma panóplia de cláusulas alternativas, designadamente a ‘*look-through approach*’, ‘*exclusion approach*’, ‘*subject-to-tax approach*’, ‘*channel approach*’, bem como uma ‘*general bona fide provision*’, esta última com o fito de suavizar o rigor daquelas cláusulas, pensando nas situações em que determinadas operações ou transações sucedam por razões economicamente substanciais e não com o propósito de retirar vantagens dos tratados; uma ‘*activity provision*’, de maneira a garantir que são desenvolvidas atividades com real substância económica; uma ‘*amount of tax provision*’, limitando a redução de imposto pretendida ao montante do imposto que se exige pelo Estado Contratante de residência da sociedade; uma ‘*stock-exchange provision*’, que impõe que as ações da sociedade estejam registadas em bolsas de valores; uma

---

<sup>20</sup> Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*, Almedina (2017), (página 147).

<sup>21</sup> Veja-se, neste sentido, Gustavo Lopes Courinha, *A Residência no Direito Internacional Fiscal – Do abuso subjectivo de convenções*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Económicas Especialidade de Direito Fiscal (2011), (páginas 630-670).

‘*alternative relief provision*’, que vem excluir dessas restrições estabelecidas para os não residentes, os residentes de outros países com quem o Estado tenha celebrado tratados contra a dupla tributação. Estas cláusulas podem ser integradas numa ampla cláusula de limitação de benefícios, de forma a limitar a aplicação das convenções a residentes qualificados, partindo-se, assim, de presunções do que se considera elisão ou não, para legitimar o acesso aos benefícios de uma convenção.

Destaca-se, dos comentários ao Modelo de Convenção da OCDE (antes do mais recente Modelo de Convenção de 2017<sup>22</sup>), em concreto o artigo 1.º, a assunção de que «*a potencial aplicação de regras antiabuso não exclui a necessidade de disposições específicas destinadas a evitar formas particulares de evasão fiscal*»<sup>23</sup>. No vigésimo parágrafo sugere-se a cláusula de limitação de benefícios para «*os Estados que desejem tratar esta questão de modo exaustivo*» de modo a impedir que o elemento de conexão da residência seja manipulado para se aceder, de forma indevida, aos benefícios garantidos por uma Convenção. Não deixam de ser ressalvados os casos em que poderão ser necessárias adaptações ou em que, simplesmente, se poderá adotar outra estratégia de atuação<sup>24</sup>.

Neste sentido, a OCDE veio sugerir a consagração de uma cláusula deste tipo, tendo como exemplo o artigo 22.º do Modelo norte-americano de 1996, considerando-se qualificadas as pessoas singulares, as entidades governamentais, as sociedades cotadas na bolsa, as sociedades controladas, de forma direta ou de forma indireta, pelo menos em 50%, por pessoas às quais se deve aplicar o Tratado, salvaguardando-se a natureza empresarial da atividade da empresa (*business income*)<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> OECD (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing, 21 November 2017.

<sup>23</sup> OCDE, *Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património, Versão Condensada*, 22 de Julho de 2010, ponto 9.6., (página 65);

Félix Alberto Vega Borrego, ‘*Las medidas antielusión en la normativa interna española con proyección internacional*’, in *Fiscalidad Internacional*, Diretor Fernando Serrano Antón, 2.ª Edición, Centro de Estudios Financieros (2005), (páginas 755-779).

<sup>24</sup> OCDE, *Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património, Versão Condensada*, 22 de Julho de 2010, ponto 9.6., (página 99).

<sup>25</sup> Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional*, 2ª Edição Almedina (2009) (colaboração de Clotilde Celorico Palma e Leonor Xavier), (página 405).

As cláusulas de limitação de benefícios, também conhecidas pela sigla *LOB*<sup>26</sup>, são consagradas nas convenções por inspiração na prática norte-americana. Estas destacam-se pelo seu sucesso, no ordenamento jurídico-tributário norte-americano, integrando *inclusive* a convenção modelo norte-americana. Tendo em consideração a origem de tais cláusulas, e olhando aos recentes desenvolvimentos ao nível internacional quanto à inserção de tais cláusulas nas convenções de dupla tributação [desde a *Action 6 – Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, à posterior divulgação do Modelo de Convenção dos Estados Unidos (2016), o Modelo de Convenção da OCDE (2017), até à mais recente Convenção Multilateral], podemos concluir que se caracterizam predominantemente por serem cláusulas antielisivas que assentam em presunções de elisão para afastar contribuintes que pretendam beneficiar da aplicação de convenções, motivados pelo *treaty shopping*.

### **3. A REGRA DE LIMITAÇÃO DE BENEFÍCIOS NO MODELO DE CONVENÇÃO DOS EUA (2016)**

Em 1977, surge na Convenção Modelo norte-americana algo de semelhante a uma cláusula de limitação de benefícios, tendo sido os Estados Unidos da América (doravante, EUA ou Estados Unidos) pioneiros nesta matéria. Poucos anos mais tarde, aparecem, em 1981 – no artigo 16.º do Modelo de Convenção dos EUA e, posteriormente, no artigo 22.º em 1996 e 2006 – as já designadas cláusulas de *limitation-on-benefits* endereçadas para o combate ao abuso subjetivo das convenções. O artigo 16.º continha testes objetivos alternativos cuja prova cabia ao contribuinte, sob pena de lhe ser recusado o acesso ao regime da convenção. Para poderem usufruir das vantagens das convenções, teria que existir uma detenção reforçada do capital social pelos sujeitos residentes no Estado de residência; não podia haver uma canalização substancial dos rendimentos obtidos pelo contribuinte para o pagamento a terceiros que não fossem residentes; as participações sociais tinham que ser negociadas em mercado oficial de valores; tinham de estar sujeitos a normas de tributação privilegiada para as operações externas, ressalvando-se os casos em que fosse demonstrada a inexistência de uma motivação fiscal para a operação.

O ‘*treaty shopping*’, enquanto um abuso subjetivo das convenções, é combatido, pelos Estados Unidos, através da cláusula de limitação de benefícios inserida nos tratados que celebram

---

<sup>26</sup> *LOB* é a sigla frequentemente utilizada para se referir a ‘*limitation-on-benefits*’ ou ‘*limitation-of-benefits*’. Têm o mesmo significado, residindo a sua diferença apenas na origem de cada uma delas, a primeira oriunda do Modelo de Convenção dos Estados Unidos, a segunda dos Comentários ao Modelo de Convenção da OCDE.

com demais Estados. Recusam-se a aceitar estes comportamentos porque o acesso aos benefícios de convenções, por parte de terceiros (residentes meramente aparentes) cujos Estados não fizeram as suas concessões e cedências aquando da celebração de convenções, abalaria a reciprocidade subjacente a tais negociações<sup>27</sup>. Ainda que esse comportamento transformativo não se considere ilegal, não se compagina com a verdadeira intenção das partes<sup>28</sup>. Claro que este fenómeno é altamente impactante nas receitas estaduais, embora de reconheça, também, a atratividade económica que representa para os contribuintes<sup>29</sup>.

Foi a partir de 1992 que, no Modelo de Convenção da OCDE, se veio recomendar a inserção de cláusulas de limitação de benefícios julgando-as adequadas para combater o fenómeno do abuso das convenções. A verdade é que, talvez pela sua complexidade, estas cláusulas não encontraram outro poiso senão nos comentários ao Modelo de Convenção da OCDE, que se referiam ao teste da transparência, teste de exclusão, teste de sujeição a imposto, teste do trânsito e propunham uma extensa cláusula de limitação de benefícios para o combate ao abuso subjetivo das convenções, alertando-se para os perigos inerentes ao uso destas cláusulas. Alertou-se, também, que a justiça do caso concreto deveria ser garantida pelo recurso a cláusulas de salvaguarda, filtrando-se, dessa forma, estruturas despidas de qualquer intenção de natureza elisiva (por exemplo, através da aplicação do teste da atividade, ou do teste da bolsa de valores)<sup>30</sup>.

Os Estados Unidos da América foram, assim, os primeiros a consagrar regras de limitação de benefícios, tendo sido, na verdade, os promotores da sua aplicação para combater o ‘*treaty*

---

<sup>27</sup> Para melhor se compreender o ponto de vista americano no combate ao fenómeno do treaty shopping, Vide: J. Clifton Fleming, Jr., *Searching for the Uncertain Rationale Underlying the US Treasury's Anti-treaty Shopping Policy*, INTERTAX, Volume 40, Issue 4 (2012).

<sup>28</sup> Roy Rohatgi, *Basic International Taxation*, Kluwer Law International, (2002), (página 363).

<sup>29</sup> Consubstanciando as convenções uma partilha de direitos de tributação entre os Estados que as protagonizam, fazendo mútuas cedências, o isso, por parte de terceiros, dessas convenções destrói a base de reciprocidade, afectando as receitas dos Estados, resultando também num claro e evidente desincentivo para a celebração de convenções por parte desses terceiros Estados, na medida em que, por essa via imprópria e inaceitável, se consegue beneficiar das convenções sendo elas, não *de iure*, mas *de facto*, um verdadeiro ‘*treaty with the world*’. Vide, a propósito do impacto negativo do *Treaty Shopping*: Roy Rohatgi, *Basic Internacional Taxation*, Kluwer Law International, (2002), (página 363).

<sup>30</sup> Gustavo Lopes Courinha, *A Residência no Direito Internacional Fiscal – Do abuso subjectivo de convenções*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Económicas Especialidade de Direito Fiscal (2011), (páginas 640-650).

Eric Osterweil, *Are LOB provisions in Double Tax Conventions Contrary to EC Treaty Freedoms?*, EC Tax Review (2009-5), (páginas 236-248).

*shopping*'. E foi, também, inspirada naquela vasta experiência que a OCDE veio propor, na Ação 6 do Plano BEPS, a consagração de uma regra de limitação de benefícios.

Dada a influência do Modelo de Convenção dos Estados Unidos no Modelo de Convenção da OCDE, é crucial analisar, primeiramente, a regra de limitação de benefícios tal como é desenhada ou configurada no atual Modelo de Convenção dos Estados Unidos (2016).

As regras de limitação de benefícios do antigo Modelo de Convenção dos Estados Unidos (2006) deram lugar às novas regras de limitação de benefícios do novo Modelo de Convenção dos Estados Unidos (2016), novas e melhoradas, com o mesmo objetivo de combater o *treaty shopping*<sup>31</sup>.

As regras de limitação de benefícios ali previstas são regras específicas antiabuso, que podem ser integradas em convenções, sendo configuradas para combater o fenómeno do *treaty shopping*. Preveem a concessão de determinados benefícios de forma limitada, e compõem-se por vários testes ou requisitos que, mediante o seu preenchimento, permitem o acesso às convenções, beneficiando-se das vantagens que nelas se preveem. Este tipo de regras não foi pensado para pessoas singulares residentes num dos Estados Contratantes, ou para certas entidades como organizações não lucrativas ou fundos de pensões, ou até entidades de capital aberto, pois presume-se que esse tipo de pessoas e entidades tenham uma ligação suficientemente forte ao Estado Contratante, capaz de suprimir quaisquer dúvidas que possam existir quanto ao risco de *treaty shopping*. No entanto, as demais entidades estão sujeitas a um rígido escrutínio para o acesso legítimo às convenções.

### **3.1. Os “testes”**

#### **3.1.1. O “Ownership Test”**

Partindo do pressuposto de que determinada entidade que é maioritariamente detida por residentes de um terceiro Estado e que pretende aceder aos benefícios de uma convenção, o faz com intenções elisivas, o teste da propriedade ou, como é designado no Modelo de Convenção dos

---

<sup>31</sup> United States Model Income Tax Convention (February 17, 2016), (páginas 42-51), disponível em: <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Treaty-US%20Model-2016.pdf>; Preamble to 2016 U.S. Model Income Tax Convention (February 17, 2016), (páginas 4-7), disponível em: <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Preamble-US%20Model-2016.pdf>.

Estados Unidos (2016), o “*ownership test*”, impõe que as entidades que pretendam beneficiar de uma Convenção celebrada entre dois Estados Contratantes sejam maioritariamente detidas por residentes cujo risco de *treaty shopping* é diminuto, tais como pessoas singulares, Estados Contratantes ou respectivas subdivisões e certas entidades de capital aberto; ou por residentes noutros países que não os dos Estados Contratantes mas que são considerados como beneficiários equivalentes<sup>32</sup>, sem motivos para recorrer à Convenção com intenções elisivas.

Como bem notam RITA JULIEN, PETRA KOCH & RITA SZUDOCZKY<sup>33</sup>, este tipo de teste está presente no “*ownership and base erosion test*”, no “*subsidiary of a publicly-traded company test*” e no “*derivative benefits test*”. Todos eles têm em comum o facto de imporem um limite mínimo na percentagem de participação e de, além disso, em determinadas situações, atenderem a quem são os proprietários.

Importa, no que aos “*ownership tests*” respeita, falar do novo conceito de proprietários intermediários qualificados ou, tal como aparecem designados no Modelo de Convenção dos Estados Unidos (2016), “*qualifying intermediate owners*”. No antigo Modelo de Convenção dos Estados Unidos (2006) qualquer proprietário intermediário tinha que ser residente de um dos Estados Contratantes ou do mesmo Estado Contratante que a entidade que pretendia beneficiar da

---

<sup>32</sup> O novo Modelo de Convenção dos Estados Unidos (2016) prevê três alternativas para os beneficiários equivalentes. Elucidam-nos as autoras RITA JULIEN, PETRA KOCH & RITA SZUDOCZKY que, na **primeira alternativa**, para ser considerado um beneficiário equivalente exige-se a existência de um tratado entre o Estado de residência do beneficiário e o Estado da Fonte; que se trate de uma pessoa qualificada; que sejam comparados os benefícios que se estão a requerer e os benefícios à disposição do Beneficiário no seu Estado; no caso de entidades fiscalmente transparentes, que se teste se o Estado da Fonte trata o beneficiário enquanto entidade fiscalmente transparente. Na **segunda alternativa**, estar-se-á perante um beneficiário equivalente se este for residente num dos Estados Contratantes, desde que se trate de uma pessoa qualificada (*i.e.*, indivíduo, Estado Contratante ou extensão do mesmo; organização não lucrativa qualificada; fundo de pensões qualificado; entidade de capital aberto) e que, tratando-se do pagamento de dividendos e juros feitos por um dos membros do seu grupo empresarial, se sujeite ao “*Headquarters Company Test*” e sejam testados os benefícios em causa. A **terceira alternativa** prevê que se trate como beneficiário equivalente o beneficiário que se trate de uma pessoa qualificada (*i.e.*, indivíduo, Estado Contratante ou extensão do mesmo; organização não lucrativa qualificada; fundo de pensões qualificado; entidade de capital aberto) e que, além disso, a sua participação deve ser 25% ou menos dos poderes agregados de voto e valor das ações no Estado da Fonte. *Vide*, a propósito da definição de Beneficiário Equivalente, Rita Julien, Petra Koch & Rita Szudoczky, “*What has changed in the Limitation on Benefits Clause of the 2016 US Model?: Technical Modifications, Policy Considerations and Comparisons with Base Erosion and Profit Shifting Action 6*”, INTERTAX, Volume 45, Issue I, (2017), (páginas 12-37), (página 29 e seguintes).

<sup>33</sup> Rita Julien, Petra Koch & Rita Szudoczky, “*What has changed in the Limitation on Benefits Clause of the 2016 US Model?: Technical Modifications, Policy Considerations and Comparisons with Base Erosion and Profit Shifting Action 6*”, INTERTAX, Volume 45, Issue I, (2017), (páginas 12-37), (página 14 e seguintes).

Convenção. Na esteira de RITA JULIEN, PETRA KOCH & RITA SZUDOCZKY<sup>34</sup>, se tal cláusula está em consonância com a natureza bilateral dos tratados, não deixa de estar obsoleta face àquela que é a atuação das grandes empresas no mundo actual. Este novo conceito surge em resposta à necessidade de alinhar as exigências convencionais à atuação das empresas em tempos de globalização e de internacionalização. Explicam as referidas autoras que um proprietário intermediário qualificado terá de ser (i) residente de um Estado que tenha celebrado com o Estado Contratante (a partir do qual se pretende aceder à Convenção) uma Convenção para evitar a dupla tributação com a inclusão de disposições relativas a regimes especiais de tributação e deduções análogas ou (ii) residente do mesmo Estado Contratante que a entidade que pretende beneficiar da Convenção. Assim, é possível, dentro de certas condições, que um residente de qualquer estado possa ser um proprietário intermediário qualificado<sup>35</sup>.

Tal como concluem as autoras RITA JULIEN, PETRA KOCH & RITA SZUDOCZKY<sup>36</sup>, ainda que o âmbito do “*ownership test*” tenha sido alargado permitindo, em determinadas circunstâncias, qualificar-se como proprietário intermediário um residente de um qualquer país, as condições impostas para tal qualificação muito dificilmente ver-se-ão verificadas na prática, designadamente a necessidade de haver uma convenção onde se incluam disposições relativas a regimes especiais de tributação e deduções análogas entre o Estado de residência do proprietário intermediário e o Estado Contratante a partir do qual se pretende aceder à Convenção.

### **3.1.2. O “*Base Erosion Test*”**

O teste da erosão das bases ou “*Base Erosion Test*” surge em complemento do “*ownership test*”, partindo da premissa de que o que liga verdadeiramente uma empresa a um determinado Estado não depende apenas do facto de os proprietários da empresa serem residentes nesse Estado,

---

<sup>34</sup> Rita Julien, Petra Koch & Rita Szudoczky, “*What has changed in the Limitation on Benefits Clause of the 2016 US Model?: Technical Modifications, Policy Considerations and Comparisons with Base Erosion and Profit Shifting Action 6*”, INTERTAX, Volume 45, Issue I, (2017), (páginas 12-37), (página 14 e seguintes).

<sup>35</sup> Rita Julien, Petra Koch & Rita Szudoczky, “*What has changed in the Limitation on Benefits Clause of the 2016 US Model?: Technical Modifications, Policy Considerations and Comparisons with Base Erosion and Profit Shifting Action 6*”, INTERTAX, Volume 45, Issue I, (2017), (páginas 12-37), (página 15 e seguintes).

<sup>36</sup> Rita Julien, Petra Koch & Rita Szudoczky, “*What has changed in the Limitation on Benefits Clause of the 2016 US Model?: Technical Modifications, Policy Considerations and Comparisons with Base Erosion and Profit Shifting Action 6*”, INTERTAX, Volume 45, Issue I, (2017), (páginas 12-37), (página 14 e seguintes).

*i.e.*, daqueles que, em princípio, serão os beneficiários do rendimento, mas também, e sobretudo, de se saber se esse mesmo Estado pode ou não tributar o rendimento da empresa.

De acordo com RITA JULIEN, PETRA KOCH & RITA SZUDOCZKY<sup>37</sup>, no antigo Modelo de Convenção dos Estados Unidos (2006), este teste não foi aplicado devidamente a todos os casos em que as empresas que pretendiam aceder aos benefícios de uma convenção, contribuíam fortemente para a erosão das bases tributáveis. Entendem as autoras que essa ‘deficiência’ está agora minorada uma vez que, de acordo com o novo Modelo de Convenção dos Estados Unidos (2016) este teste serve agora de complemento a outros testes, como o “*subsidiary of a publicly-traded company test*”, e dos novos “*derivative benefits test*” e “*headquarters company test*”.

Ademais, também o âmbito do *Base Erosion Test* mudou, em relação à sua anterior versão de 2006. Aqui importa também saber quem são os beneficiários dos pagamentos, nomeadamente saber se são “*tainted payees*” pois então, nesse caso, a empresa falhará o teste não podendo beneficiar da convenção.

O teste da erosão das bases traduz-se na imposição de que menos de 50% do rendimento de uma empresa seja pago, direta ou indiretamente, a “*tainted payees*” (que aqui traduzimos para beneficiários contaminados). Os beneficiários contaminados são os que não são residentes em qualquer dos Estados Contratantes; residentes de um dos Estados Contratantes mas que, contudo, não se enquadram nas categorias de pessoas qualificadas; empresas que se consideram relacionadas com a empresa que pretende beneficiar da convenção e que beneficiem de um regime especial de tributação relativamente ao pagamento; empresas que se consideram relacionadas com a empresa que pretende beneficiar de deduções, quando em causa esteja o pagamento de juros. Esses regimes especiais de tributação são aqueles que levam a situações de dupla não-tributação ou de muito baixa tributação. Por forma a suprimir este tipo de esquemas, existem cláusulas que negam o acesso a determinados benefícios, quando em causa estejam empresas tributadas de forma especial no seu estado de residência<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Rita Julien, Petra Koch & Rita Szudoczky, “What has changed in the Limitation on Benefits Clause of the 2016 US Model?: Technical Modifications, Policy Considerations and Comparisons with Base Erosion and Profit Shifting Action 6”, INTERTAX, Volume 45, Issue I, (2017), (páginas 12-37), (página 17).

<sup>38</sup> Rita Julien, Petra Koch & Rita Szudoczky, “What has changed in the Limitation on Benefits Clause of the 2016 US Model?: Technical Modifications, Policy Considerations and Comparisons with Base Erosion and Profit Shifting Action 6”, INTERTAX, Volume 45, Issue I, (2017), (páginas 12-37), (página 19 e seguintes).



Da aplicação do teste da erosão das bases conjugado com o “*Derivative Benefits Test*” resulta a preocupação de saber se há mais benefícios do tratado que são solicitados a partir do Estado da fonte, do que seria o caso se um investimento tivesse sido feito diretamente pelo beneficiário equivalente. Não releva, aqui, se uma empresa que pretenda beneficiar do tratado, é tributada no outro Estado Contratante, sob a condição de que o rendimento pertença a um beneficiário equivalente. Assim, a erosão das bases que poderia levar à dissipação dos rendimentos tributáveis nesse Estado, acaba por ser tolerada, desde que, claro está, o rendimento fique alocado a um beneficiário equivalente.

Por forma a prevenir, da melhor forma, o risco de erosão das bases, o Modelo de Convenção dos Estados Unidos prevê a exclusão de determinados grupos de pessoas, ainda que sejam considerados beneficiários equivalentes. Assim, o conceito de beneficiários contaminados abrange i) pessoas que são beneficiários equivalentes mas que o são apenas para cumprimento dos requisitos da sede da empresa; ii) beneficiários equivalentes que se consideram relacionados com uma empresa que pretende beneficiar do tratado e que beneficiem de um regime especial de tributação; iii) no caso de pagamentos de juros, beneficiários equivalentes que se consideram relacionados com uma empresa que pretende beneficiar do tratado e que beneficiem de determinadas deduções.

Cumprir notar que o teste da erosão das bases, conjugado com o *Derivative Benefits Test*, assume grande relevância prática na medida em que, tratando-se de beneficiários equivalentes, estes são, normalmente, residentes noutros estados que não os Estados Contratantes pelo que é mais provável, neste caso, que nesses terceiros estados beneficiem de regimes especiais de tributação, do que se se tratasse de empresas residentes do mesmo Estado que a empresa que pretende beneficiar do tratado<sup>39</sup>.

Sobre a inclusão da “*special tax regimes clause*”, ou da cláusula de regimes fiscais especiais, fala-nos FÉLIX ALBERTO VEJA BORREGO<sup>40</sup> no sentido de que esta cláusula vem distorcer, de alguma forma, a lógica da regra de limitação de benefícios no sentido de que o acesso aos

---

<sup>39</sup> Rita Julien, Petra Koch & Rita Szudoczky, “What has changed in the Limitation on Benefits Clause of the 2016 US Model?: Technical Modifications, Policy Considerations and Comparisons with Base Erosion and Profit Shifting Action 6”, INTERTAX, Volume 45, Issue I, (2017), (páginas 12-37), (página 22 e seguintes).

<sup>40</sup> Félix Alberto Vega Borrego, “*The Special Tax Regimes Clause in the 2016 U.S. Model Income Tax Convention*”, INTERTAX, Volume 45, Issue 4, (2017), (páginas 296-309), (página 307 e seguintes).

benefícios de um tratado deveria ser permitido não só onde o contribuinte tenha obtido o rendimento a partir do Estado de residência, com um fim comercial verdadeiro, como também quando o contribuinte tenha um nexo suficientemente forte com o Estado de residência. Assim, para aferir da aplicabilidade dos benefícios da convenção, passa a considerar-se, até certo ponto, a responsabilidade efetiva do contribuinte com o seu Estado de residência. O autor aponta para o facto de esta cláusula ser aplicada nos testes que contêm o “*base erosion test*”, e não aos demais testes da regra de limitação de benefícios. Ademais, nota o autor que tal cláusula deveria ser aplicável aquando da aplicação da regra de limitação de benefícios, tendo em conta apenas o pagamento de juros, royalties e outras garantias, ainda que na regra de limitação de benefícios apenas se refiram os pagamentos realizados a pessoas que beneficiem de um regime fiscal especial.

Esta cláusula opera apenas quando os rendimentos ou pagamentos tenham sido realizados após uma decisão emitida por um dos Estados Contratantes no sentido de declarar determinado regime como um regime fiscal especial.

Por último, como bem explicita o autor, a cláusula de regimes fiscais especiais pode também ter efeitos na cláusula de discricionariedade que a regra de limitação de benefícios prevê. Esta cláusula, tal como surge descrita no novo Modelo de Convenção dos Estados Unidos (2016), significa que quando um residente num dos Estados Contratantes não passar nos testes da regra de limitação de benefícios, as autoridades fiscais do Estado da fonte podem permitir o acesso aos benefícios do tratado se o estabelecimento, aquisição ou manutenção do residente e as suas operações não tiverem como principal propósito, a obtenção dos benefícios do tratado. Desta forma, os contribuintes podem reclamar o acesso aos benefícios do tratado contanto que fique demonstrado que existe um nexo suficientemente forte ao Estado de residência contratante. O poder discricionário que reside em tal cláusula não será usado quando em causa esteja um contribuinte ou um seu associado que beneficie de um regime fiscal especial no Estado de residência, com referência a um rendimento para o qual procurou, por esta via, beneficiar. Ademais, além de ter de declarar se beneficia de algum regime especial no Estado de residência, tem de informar as autoridades fiscais de quaisquer alterações fáctico-jurídicas a esse respeito.

O autor não deixa de ressaltar que, nas referências a “regimes fiscais especiais”, devem ter-se em consideração os rendimentos de juros, royalties e garantias, uma vez que, na legislação

americana, não se prevê o conceito, fazendo-se valer aqui apenas a definição que o novo Modelo de Convenção dos Estados Unidos (2016) prevê.

Questiona-se, na esteira de FÉLIX ALBERTO VEJA BORREGO, se as autoridades fiscais americanas podem aplicar a cláusula de regimes fiscais especiais, aquando da aplicação da regra de limitação de benefícios, em tratados que não tenham previsto a mesma regra.

### **3.1.3. O “*Headquarters Company Test*”**

De acordo com o novo Modelo de Convenção dos Estados Unidos (2016), o teste da sede da empresa implica o preenchimento de uma panóplia de requisitos assentes na distribuição geográfica do grupo empresarial, na proporção de rendimento que é gerado nos diferentes países onde a atividade é desenvolvida e nos tipos de atividade que levam a esse rendimento. Nos termos deste teste, uma empresa que pretenda aceder aos benefícios de um tratado i) deverá ter o seu controlo e gestão primários no Estado de residência; ii) o grupo empresarial multinacional deverá ser composto por empresas que desenvolvam uma atividade comercial em, pelo menos, quatro países sendo que, em cada um deles, deverão gerar, pelo menos, 10% do rendimento bruto do grupo; iii) menos de 50% do rendimento do grupo deve ser gerado em qualquer país que não o país de residência onde a empresa está sediada; iv) o rendimento bruto gerado no outro Estado Contratante não pode ultrapassar os 25% e a sede da empresa deverá ser tratada sob as mesmas regras tributárias aplicáveis às empresas que desenvolvam uma atividade comercial no seu Estado de residência.

Além dos requisitos referidos *supra*, a sede da empresa deverá ainda passar pelo teste da erosão das bases. Os benefícios do tratado são apenas garantidos relativamente a dividendos e juros derivados da sede da empresa. Ademais, para beneficiar do tratado, a sede da empresa deverá passar pelo teste do local primário de controlo e gestão. O teste está desenhado, não apenas para verificar em qual Estado são desempenhadas as funções de gestão, mas também para verificar quem desempenha, de facto, tais funções. Assim, para combater o *treaty shopping*, que facilmente poderia ser conseguido através da criação de empresas de forma artificial – as designadas “*letter-box companies*” – exige-se que sejam desempenhadas mais funções de gestão no Estado de residência da sede da empresa, por comparação às funções de gestão desempenhadas por outras

empresas do grupo, e que essas funções sejam desempenhadas por mais funcionários da sede da empresa, do que pelos demais, noutras empresas do grupo localizadas noutros países.

### 3.1.4. O “*Derivative Benefits Test*”

À luz do “*Derivative Benefits Test*”, os residentes noutros estados, que não os Estados Contratantes, podem legitimamente beneficiar do tratado, não devendo ser, *a priori*, excluídos pelo risco de *treaty shopping*. Ora, o mesmo não acontece, como vimos *supra*, no caso do *Ownership and Base Erosion Test*, na medida em que este teste assenta na presunção de que se está perante um caso de *treaty shopping* quando uma empresa é maioritariamente detida por residentes noutros estados, que não os Estados Contratantes. Com efeito, o “*Derivative Benefits Test*” permite que uma empresa que seja maioritariamente detida por residentes noutros países, que não os dos Estados Contratantes, possa beneficiar de um tratado relativamente a um determinado rendimento, se os seus proprietários e beneficiários tivessem direito a benefícios equivalentes se tivessem recebido tal rendimento diretamente, e não através de uma empresa.

## 4. A REGRA DE LIMITAÇÃO DE BENEFÍCIOS NAS CONVENÇÕES PORTUGUESAS

A elisão fiscal, em Portugal, não é um tema de agora. Tal como reportado por GUSTAVO LOPES COURINHA<sup>41</sup>, o plano de ação BEPS não teve um impacto substancial no sistema jurídico-tributário português, uma vez que já se tem vindo a adotar regras e a desenvolver jurisprudência no sentido de se dar tratamento à elisão fiscal. Relativamente à prevenção do abuso das convenções, o sistema jurídico-tributário português tem adotado um número significativo de regras antiabuso, de entre elas destacamos as regras de limitação de benefícios.

Além da regra de limitação de benefícios consagrada na convenção de dupla tributação celebrada entre Portugal e os EUA, que assenta numa estrutura mais tradicional e se foca, predominantemente, em garantir uma percentagem razoável de detenção do capital social de uma empresa<sup>42</sup>, Portugal contém regras de limitação de benefícios – ainda que atípicas ou impróprias

---

<sup>41</sup> Gustavo Lopes Courinha, *Tax Avoidance Revisited – Portugal*, (2015), (páginas 1-14), disponível em: [http://www.eatlp.org/uploads/public/Portugal%20\(25%20Nov%202015\).pdf](http://www.eatlp.org/uploads/public/Portugal%20(25%20Nov%202015).pdf) ;

Gustavo Lopes Courinha, *BEPS e o sistema fiscal português: uma primeira incursão*, Cadernos de Justiça Tributária, N.º 04 Abril/Junho, (2014), (páginas 3-10);

Gustavo Lopes Courinha, *Estudos de Direito Internacional Fiscal*, AAFDL Editora (2015), (páginas 305-307).

<sup>42</sup> Vide Artigo 17.º da *Convenção entre a República Portuguesa e os Estados Unidos da América para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de Impostos sobre o Rendimento*, assinada em 1995.

– em várias outras convenções de dupla tributação. Por exemplo, a convenção de dupla tributação celebrada entre Portugal e Malta consagra uma regra de limitação de benefícios atípica, face à estrutura tradicional conhecida da prática estadunidense. Aqui, prescreve-se uma limitação de desagravamento nos termos da qual o disposto na Convenção *«não se aplicará às pessoas com direito a um benefício fiscal específico, nos termos de: a) Uma lei de um dos Estados Contratantes que tenha sido identificada mediante troca de notas entre os Estados Contratantes; ou b) Qualquer lei substancialmente idêntica aprovada posteriormente»*<sup>43</sup>.

No mesmo sentido, a convenção celebrada entre Portugal e a Suécia vem estabelecer, na sua regra de limitação de benefícios, que quando uma sociedade residente de um Estado Contratante obtiver rendimentos essencialmente de outros Estados e tais rendimentos estejam, de acordo com a legislação desse Estado, sujeitos a uma tributação significativamente mais baixa do que os rendimentos de atividades semelhantes levadas a efeito dentro desse Estado, não será aplicável a tais rendimentos ou dividendos qualquer disposição da Convenção que conceda uma isenção ou uma redução de imposto<sup>44</sup>.

A regra de limitação de benefícios consagrada nas convenções de dupla tributação celebradas entre Portugal e a Estónia, Letónia e Lituânia, é marcadamente genérica, limitando-se a estabelecer que *«[a]s disposições da presente Convenção não podem ser interpretadas no sentido de obrigarem um Estado Contratante a conceder os benefícios decorrentes desta Convenção a qualquer pessoa que seja residente do outro Estado Contratante se, de acordo com as autoridades competentes de ambos os Estados Contratantes, o gozo desses benefícios constituir um abuso dos princípios gerais da Convenção»*<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Vide Artigo 27.º da Convenção entre a República Portuguesa e a República de Malta para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de Impostos sobre o Rendimento, assinada em 2001.

<sup>44</sup> Vide Artigo 27.º da Convenção entre a República Portuguesa e o Reino da Suécia para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de Impostos sobre o Rendimento, assinada em 2002.

<sup>45</sup> Vide Artigo 27.º da Convenção entre a República Portuguesa e a República da Estónia para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de Impostos sobre o Rendimento, assinada em 2003.

Vide Artigo 28.º da Convenção entre a República Portuguesa e a República da Letónia para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de Impostos sobre o Rendimento, assinada em 2003.

Vide Artigo 28.º da Convenção entre a República Portuguesa e a República da Lituânia para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de Impostos sobre o Rendimento, assinada em 2002.

Mais recentemente, registou-se a celebração de convenções de dupla tributação com a inclusão de regras de limitação de benefícios, entre Portugal e o Panamá, Barbados e o Principado de Andorra<sup>46</sup>.

Nos termos da regra de limitação de benefícios consagrada na convenção de dupla tributação celebrada entre Portugal e o Panamá, pretende-se garantir a aplicação das regras antiabuso previstas na legislação interna de cada Estado. Ademais, os benefícios da Convenção não deverão ser concedidos quando o residente não seja o beneficiário efetivo dos rendimentos obtidos. Por último, prevê-se um teste do objetivo principal da transação, nos termos do qual se rege que as disposições da convenção não serão aplicadas «*se o objetivo principal ou um dos objetivos principais de qualquer pessoa associada à criação ou à atribuição de um bem ou direito em relação com o qual o rendimento é pago for o de beneficiar das referidas disposições por meio dessa criação ou atribuição*»<sup>47</sup>.

A regra de limitação de benefícios consagrada na convenção de dupla tributação celebrada entre Portugal e Barbados contém, além do referido *supra* a propósito da convenção de dupla tributação celebrada entre Portugal e o Panamá, uma limitação de aplicação dos benefícios da Convenção quando os contribuintes beneficiem já de vantagens fiscais especiais ou genéricas<sup>48</sup>.

A convenção de dupla tributação celebrada entre Portugal e o Principado de Andorra contém uma regra de limitação de benefícios muito semelhante à regra de limitação de benefícios contida na convenção de dupla tributação celebrada entre Portugal e Barbados, prevendo, adicionalmente, uma disposição especialmente direcionada para a cooperação entre as autoridades competentes dos Estados Contratantes para efeitos da sua aplicação<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Vide Artigo 27.º da *Convenção entre a República Portuguesa e a República do Panamá para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de Impostos sobre o Rendimento*, assinada em 2012.

Vide Artigo 27.º da *Convenção entre a República Portuguesa e Barbados para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de Impostos sobre o Rendimento*, assinada em 2014.

Vide Artigo 28.º da *Convenção entre a República Portuguesa e o Principado de Andorra para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de Impostos sobre o Rendimento*, assinada em 2015.

<sup>47</sup> Vide Artigo 27.º da *Convenção entre a República Portuguesa e a República do Panamá para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de Impostos sobre o Rendimento*, assinada em 2012.

<sup>48</sup> Vide Artigo 27.º da *Convenção entre a República Portuguesa e Barbados para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de Impostos sobre o Rendimento*, assinada em 2014.

<sup>49</sup> Vide Artigo 28.º da *Convenção entre a República Portuguesa e o Principado de Andorra para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de Impostos sobre o Rendimento*, assinada em 2015.

Se é verdade que o plano de ação BEPS, com a sugestão de inclusão de regras de limitação de benefícios nas convenções de dupla tributação celebradas entre os Estados para combater o *treaty shopping*, não trouxe nenhuma novidade para a prática portuguesa, poderá ter servido para incentivar a sua inclusão, ainda que assente em regras marcadamente distintas, adaptadas às realidades dos Estados Contratantes. Apesar de diferentes, conforme pudemos ver *supra*, as regras de limitação de benefícios consagradas nas convenções das quais Portugal é signatário demonstram a preocupação e vontade de combater o *treaty shopping*, ainda antes do tão debatido plano de ação BEPS.

### III. A REGRA DE LIMITAÇÃO DE BENEFÍCIOS NA AÇÃO 6 DO PLANO BEPS E NA CONVENÇÃO MULTILATERAL

#### 1. A REGRA DE LIMITAÇÃO DE BENEFÍCIOS NA AÇÃO 6 DO PLANO BEPS

Foi com o propósito de conferir confiança e força ao sistema fiscal e de assegurar que os lucros sejam tributados onde as atividades económicas que os geram são desenvolvidas, que a OCDE e os países do G20 desenvolveram 15 ações configuradas de modo a introduzir coerência às regras nacionais que têm efeitos sobre atividades transfronteiriças; a conferir substância aos requisitos existentes nos padrões internacionais; a assegurar a transparência e a certeza no sistema fiscal internacional<sup>50</sup>.

De entre as 15 quinze ações que o BEPS compreende, cumpre, nesta sede, destacar a “*Action 6 – Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*”<sup>51</sup> (doravante, Ação 6 do Plano BEPS), projetada para identificar o abuso dos tratados, em especial o fenómeno do ‘*treaty shopping*’<sup>52</sup>.

O ‘*treaty shopping*’ é um fenómeno que vem ‘desregular’ o funcionamento normal dos tratados. Essa ‘desregulação’ dá origem à erosão das bases tributáveis uma vez que os Estados vêem-se impossibilitados de tributar receitas que, de outra forma, *i.e.*, perante o normal funcionamento dos tratados, sê-lo-iam, dada a soberania dos Estados. Perante tal, os países concordaram nas vantagens inerentes à inclusão de cláusulas antiabuso nos tratados fiscais, estabelecendo-se um *standard* mínimo de combate ao ‘*treaty shopping*’, tendo em consideração as especificidades que cada um dos países deverá atender aquando da negociação ou celebração dos tratados.

A Ação 6 do Plano BEPS reporta-se a novas regras antiabuso especialmente delineadas para combater o fenómeno do ‘*treaty shopping*’. Em primeiro lugar, aquando da celebração de um

---

<sup>50</sup> Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*, Almedina (2017), (página 60 e seguintes).

<sup>51</sup> OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, ‘*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*’, Action 6: 2015 Final Report, disponível em: <http://www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm>

<sup>52</sup> Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*, Almedina (2017), (página 80 e seguintes);

Luc De Broe & Joris Luts, *BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse*, INTERTAX, Volume 43, Issue 2, (2015), (páginas 122-146).



tratado fiscal, os Estados deverão declarar, de forma clara e expressa, que pretendem evitar criar oportunidades para não tributação ou baixa tributação.

Em segundo lugar, e com extrema relevância para o que aqui nos cumpre tratar, fala-se na inclusão de uma regra ou cláusula de limitação de benefícios [*the limitation-on-benefits (LOB) rule*] no Modelo de Convenção da OCDE, inspirada nas regras de limitação de benefícios celebradas nos EUA, que venha limitar o acesso aos benefícios emergentes dos tratados. Esta limitação assenta na qualificação de certas entidades, mediante o cumprimento de vários testes que a regra prevê. As condições a que estão sujeitas as entidades que pretendam beneficiar dos tratados, têm por base a natureza legal das mesmas, a propriedade, as atividades desenvolvidas, para que se assegure, de forma clara e inequívoca, a existência de uma ligação das entidades ao Estado de residência. A ideia subjacente a tal qualificação reside no fim de garantir que determinada entidade que pretenda beneficiar do tratado é residente no Estado de residência por razões económicas ou comerciais, sem ter por intenção beneficiar do tratado. Desta forma, suprime-se a artificialidade e a intenção elisiva que podem presidir na opção por residir em determinado Estado.

Em terceiro lugar, antevendo-se outras formas de abuso, além do ‘*treaty shopping*’, que a regra de limitação de benefícios pode não conseguir combater, sugere-se a inclusão, no Modelo de Convenção da OCDE, de uma regra geral antiabuso que assenta na aferição do objetivo principal das transações, [*the principal purposes test (PPT rule)*]. Esta regra, mais geral, foi especialmente configurada para negar o acesso aos benefícios de um tratado, quando um dos principais objetivos das transações for a obtenção desses benefícios<sup>53</sup>.

Importa aqui notar, tal como é também referido no relatório da Ação 6 do Plano BEPS, que aquelas ‘*LOB e PPT rules*’ têm as suas potencialidades, a par das suas fraquezas e, por serem muito diferentes entre si, poderá a sua inclusão não ser igualmente compatível em todos os Estados. Ademais, será sempre de se ponderar a sua inclusão, quando a própria legislação nacional está já munida de armas para o combate ao ‘*treaty shopping*’.

---

<sup>53</sup> Para uma análise da *PPT rule*, Vide Mindy Herzfeld, *Treaty Abuse – The Principal Purpose Test*, Tax Notes International, February 1, (2016), (páginas 388-391); Michael Lang, *BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties*, Special Reports, Tax Notes International, Volume 74, Number 7, May 19, (2014), (páginas 655-664).

Sem prejuízo do acima exposto, um *standard* mínimo de atuação terá de existir, *i.e.*, os Estados deverão declarar expressamente a sua intenção comum de eliminar a dupla tributação sem que, com isso, se criem oportunidades para nenhuma ou baixa tributação. Assim, poderão os Estados incluir nos seus tratados uma regra de limitação de benefícios combinada com uma regra do objetivo principal; uma regra do objetivo principal apenas; uma regra de limitação de benefícios reforçada com um mecanismo de combate aos ‘*conduit financing arrangements*’<sup>54</sup> <sup>55</sup>. Assim, aquando da celebração de tratados, cada um dos Estados Contratantes deverá olhar às suas especificidades, nomeadamente a eventuais restrições de ordem constitucional; restrições que assentem em preocupações relacionadas com o Direito da União Europeia; desnecessidade de inclusão de tais regras em virtude da existência de regras nacionais capazes de assegurar o combate eficaz ao ‘*treaty shopping*’ e a outras formas de abuso; restrições ao nível da capacidade administrativa dos Estados para a aplicação devida das regras antiabuso.

Na Ação 6 do Plano BEPS, sugerem-se duas abordagens para o combate dos Estados ao ‘*treaty shopping*’, através da consagração de regras de limitação de benefícios nas suas convenções: uma versão simplificada e uma versão detalhada da regra de limitação de benefícios.

A versão simplificada da regra de limitação de benefícios, composta por seis parágrafos e complementada por um sétimo parágrafo no qual se prevê uma regra geral, combina a certeza típica das regras específicas antiabuso, com a flexibilidade ou amplitude associadas às regras gerais antiabuso, capazes de abarcar inúmeras transações que escapam ao âmbito de aplicação das

---

<sup>54</sup> OECD (2017), *BEPS Action 6 on Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Peer Review Documents*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD, Paris. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-action-6-preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstance-peer-review-documents.pdf>.

<sup>55</sup> A cláusula de limitação de benefícios, tal como sugerida na Ação 6 do Plano BEPS, ganhou lugar no artigo 29 do Modelo de Convenção da OCDE de 2017. Pretende-se deixar clara a intenção dos Estados-Contratantes de eliminar situações de dupla tributação sem que, com isso, se criem oportunidades para situações de ausência de tributação ou redução substancial de tributação através da elisão fiscal. A consagração deste artigo surge na sequência do compromisso, na adoção de um *standard* mínimo, assumido em decorrência do Relatório da Ação 6 do plano encetado pela OCDE e pelo G20. Os Estados poderão, simplesmente, adotar uma regra geral antiabuso (prevista no parágrafo 9); adotar a versão detalhada, constante dos parágrafos 1 a 7, juntamente com a implementação de um *anti-conduit mechanism*; adotar a regra geral antiabuso prevista no parágrafo 9, juntamente com os parágrafos 1 a 7. Vide: OECD (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing, 21 November 2017, (páginas 48; 519-604)

regras específicas. Assim, perante uma transação para a qual os parágrafos um a seis não se apliquem, deverá operar a regra geral do parágrafo sete<sup>56</sup>.

Por oposição à versão simplificada, prevê-se uma versão detalhada na qual não se considera uma regra geral antiabuso, e onde operam apenas as regras específicas antiabuso previstas em seis parágrafos. Rege-se, no primeiro parágrafo da versão detalhada, que o residente de um Estado Contratante, tal como definido no artigo 4.º, que se considere uma pessoa qualificada nos termos do parágrafo segundo, terá direito aos benefícios acordados na convenção para os residentes de um Estado Contratante<sup>57</sup>. Importa, por isso, averiguar, o que se entende por residentes qualificados.

### 1.1. Residentes qualificados

Do segundo parágrafo da versão detalhada constam seis subparágrafos de aplicação automática, onde se estabelecem os requisitos ou categorias para que se considere que um residente é uma pessoa qualificada. Assim, estar-se-á perante um residente qualificado, quando se trate de:

- i) Um particular ou um indivíduo<sup>58</sup>;
- ii) Um Estado Contratante ou uma subdivisão política ou autoridade local do mesmo, ou uma pessoa que é totalmente detida por tal estado, subdivisão política ou autoridade local<sup>59</sup>;
- iii) Uma empresa ou outra entidade, se, durante o período tributável:
  - A sua principal classe de ações (e qualquer classe desproporcional de ações) é regulada numa ou mais bolsas de valores e se a sua principal classe de ações é regulada numa ou mais bolsas de valores localizadas no Estado Contratante onde a

---

<sup>56</sup> Sobre a aplicação da *Limitation-on-Benefits rule* e do *Principal Purpose Test*, ambas previstas na Ação 6 do Plano BEPS, Vide Andrés Báez Moreno, *GAARS and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6?*, INTERTAX, Volume 45, Issue 6 & 7, (2017), (páginas 432-446).

<sup>57</sup> OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, ‘*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*’, Action 6: 2015 Final Report, disponível em: <http://www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm> (página 24 e seguintes)

<sup>58</sup> Subparágrafo 2 a) da Regra de Limitação de Benefícios, na sua versão detalhada. Vide OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, ‘*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*’, Action 6: 2015 Final Report, disponível em: <http://www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm> (página 25 e seguintes)

<sup>59</sup> Subparágrafo 2 b) da Regra de Limitação de Benefícios, na sua versão detalhada. Vide OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, ‘*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*’, Action 6: 2015 Final Report, disponível em: <http://www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm> (página 25 e seguintes)

empresa ou entidade é residente; ou o principal local de atuação e controle é o Estado Contratante onde é residente;

ou

- pelo menos 50% do poder agregado de voto e das ações (e pelo menos 50% de qualquer classe desproporcional de ações) na empresa ou entidade, é direta ou indiretamente detido por 5 ou menos empresas ou entidades com direito aos benefícios, conforme os requisitos referidos no ponto *supra*, contanto que, no caso de ser detido de forma indireta, cada proprietário intermediário seja residente de um dos Estados Contratantes<sup>60</sup>;

iv) Uma pessoa (que não seja um indivíduo ou particular) que:

- seja uma das organizações não lucrativas relevantes em cada Estado Contratante;

- seja um fundo de pensões reconhecido, contanto que mais do que 50% dos direitos de participação dessa pessoa sejam detidos por indivíduos residentes num dos Estados Contratantes, ou mais do que x% dos direitos de participação dessa pessoa sejam detidos por indivíduos residentes num dos Estados Contratantes ou num qualquer outro Estado relativamente ao qual se preencham duas condições: (1) indivíduos residentes nesse outro Estado têm direito aos benefícios de uma convenção para evitar a dupla tributação entre esse outro Estado e o Estado a partir do qual os benefícios da convenção se pretendem e (2) relativamente ao rendimento a que se referem os artigos 10.º e 11.º a convenção, se a pessoa for um residente nesse outro Estado, com direito a todos os benefícios da outra convenção, ela terá direito, à luz da convenção, a uma taxa de imposto, relativamente a esse tipo de rendimentos para o qual pretende a aplicação dos benefícios, tão baixa quanto a que se aplica nos termos da convenção;

ou

---

<sup>60</sup> Subparágrafo 2 c) da Regra de Limitação de Benefícios, na sua versão detalhada. *Vide* OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, ‘*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*’, Action 6: 2015 Final Report, disponível em: <http://www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm> (página 26 e seguintes)

- tenha sido constituída para investir fundos em benefício das pessoas referidas no ponto *supra*, contanto que o rendimento desta pessoa derive dos investimentos feitos em benefício daquelas pessoas<sup>61</sup>;
- v) Uma pessoa (que não seja um indivíduo ou particular) se:
  - em pelo menos metade dos dias do período tributável, as pessoas que são residentes no Estado Contratante e que têm direito aos benefícios da Convenção nos termos dos subparágrafos a), b), ou d), ou da subdivisão i) do subparágrafo c), detêm, direta ou indiretamente, ações que representam, pelo menos, 50% do poder agregado de voto e valor (e, pelo menos, 50% de qualquer classe desproporcional de ações) da pessoa, contanto que, no caso de ser detido de forma indireta, cada proprietário intermediário seja residente num dos Estados Contratantes e
  - menos do que 50% do rendimento bruto do sujeito passivo, durante o período tributável, seja pago ou acumulado, direta ou indiretamente, a pessoas que não sejam residentes em nenhum dos Estados Contratantes com direito aos benefícios desta convenção nos termos dos subparágrafos a), b) ou d), ou da subdivisão i) do subparágrafo c), na forma de pagamentos dedutíveis para os efeitos dos impostos abrangidos pela Convenção no Estado Contratante de residência da pessoa (salvo pagamentos efectuados no decurso normal das atividades comerciais desenvolvidas, ao abrigo do princípio de plena concorrência)<sup>62</sup>;

### **1.1.1. Os “testes”**

#### **1.1.1.1. O “*active conduct of a business*”**

Nos termos do teste do “*active conduct of a business*”, um residente de um Estado Contratante poderá beneficiar da Convenção, relativamente a um determinado tipo de rendimento

---

<sup>61</sup> Subparágrafo 2 d) da Regra de Limitação de Benefícios, na sua versão detalhada. Vide OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, ‘*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*’, Action 6: 2015 Final Report, disponível em: <http://www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm> (página 28 e seguintes)

<sup>62</sup> Subparágrafo 2 e) da Regra de Limitação de Benefícios, na sua versão detalhada. Vide OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, ‘*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*’, Action 6: 2015 Final Report, disponível em: <http://www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm> (página 30 e seguintes)

proveniente do outro Estado Contratante, independentemente de se tratar ou não de um residente qualificado, se prosseguir uma atividade económica no Estado de residência [além da realização ou gestão de investimentos para a conta do residente, a menos que se trate de atividade bancária, seguradora ou no domínio dos valores mobiliários prosseguida por um banco (ou instituição financeira semelhante a um banco tratada como tal pelo Estado Contratante), uma seguradora ou negociadora de títulos nominativos], e se o rendimento proveniente do outro Estado Contratante estiver relacionado ou for consequência direta da atividade prosseguida<sup>63</sup>.

No caso de um residente de um Estado Contratante auferir um determinado rendimento, proveniente de uma atividade económica prosseguida por si noutro Estado Contratante, ou proveniente de uma empresa relacionada, deverão ser consideradas as condições *supra* descritas, caso a atividade económica prosseguida no Estado de residência seja substancial em relação à atividade económica prosseguida no outro Estado Contratante. Tal substancialidade será determinada tendo por base todos os factos e circunstâncias. À luz deste teste, uma entidade deverá considerar-se relacionada a outra quando, olhando às circunstâncias e factos relevantes, uma tem controlo sobre a outra ou ambas são controladas pela mesma entidade ou várias. Estar-se-á perante entidades relacionadas quando uma detiver, pelo menos, 50% de participações na outra.

O terceiro parágrafo, de onde consta este “*active conduct of a business test*”, vem estabelecer uma alternativa face ao segundo parágrafo, alargando o leque de situações em que se permite o acesso aos benefícios de uma convenção. Assim, independentemente de, nos termos do segundo parágrafo da regra de limitação de benefícios, se tratar de um residente qualificado ou não, o residente poderá aproveitar alguns benefícios da convenção, relativamente a determinados tipos de rendimento que estejam relacionados com a prossecução de uma atividade económica no Estado de residência, inclusive atividades prosseguidas por entidades relacionadas, cujo rendimento proveniente do outro Estado Contratante esteja relacionado ou seja consequência de tais atividades.

---

<sup>63</sup> Vide OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, ‘*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*’, Action 6: 2015 Final Report, disponível em: <http://www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm> (página 36 e seguintes)

De acordo com os comentários exarados no relatório final da Ação 6, a respeito do parágrafo em análise, entende-se que permitir o acesso aos benefícios, nestes moldes, não levanta preocupações relacionadas com “*treaty shopping*”<sup>64</sup>.

#### **1.1.1.2. O “*derivative benefits test*”**

Uma empresa residente num Estado Contratante terá direito a um benefício se, no momento em que tal benefício fosse acordado, (i) pelo menos 95% do poder agregado de voto e valor das ações (e pelo menos 50% do poder desproporcional da classe de ações) é detido, direta ou indiretamente, por sete ou menos pessoas que sejam beneficiários equivalentes, conquanto que, sendo detido indiretamente, cada proprietário intermediário seja, ele próprio, um beneficiário equivalente, e (ii) menos do que 50% do rendimento bruto da empresa, tal como determinado no seu Estado de residência, é pago ou acumulado, direta ou indiretamente, a pessoas que não sejam beneficiários equivalentes, na forma de pagamentos dedutíveis para os efeitos dos impostos sobre os quais a convenção se estabelece no Estado de residência da empresa.

O “*derivative benefit test*” do parágrafo quarto da regra de limitação de benefícios da Ação 6 do Plano BEPS, permite que determinadas empresas residentes num Estado Contratante gozem de determinados benefícios previstos na convenção, se o proprietário da empresa tivesse direito ao mesmo benefício caso o rendimento *sub judice* fosse diretamente para este.

#### **1.1.1.3. A “*discretionary relief clause*”**

Se um residente de um Estado Contratante não for considerado qualificado, nos termos referidos *supra*, para aceder aos benefícios de uma convenção, as autoridades competentes do Estado Contratante, deverão tratar esse residente como sendo qualificado para gozar de tais benefícios quando, a pedido do residente<sup>65</sup>, e após a análise das circunstâncias e factos que

---

<sup>64</sup> Vide OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, ‘*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*’, Action 6: 2015 Final Report, disponível em: <http://www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm> (página 37 e seguintes)

<sup>65</sup> O residente poderá submeter o seu pedido antes ou depois do estabelecimento, aquisição ou manutenção de uma entidade para a qual se realiza tal pedido. Se o pedido for submetido *a posteriori*, a ser aceite, sê-lo-á com efeitos *ex nunc*, não sendo permitida qualquer concessão de benefícios retroativa.

redundam a situação em concreto<sup>66</sup>, as autoridades competentes concluírem que o estabelecimento, aquisição ou manutenção do residente e a prossecução de tais operações não foram motivadas por razões abusivas, para o acesso aos benefícios previstos na convenção.

Aquando da análise da situação concreta, as autoridades competentes às quais foi submetido tal pedido, deverão consultar as autoridades competentes do outro Estado por forma a decidir com base nas circunstâncias e factos relevantes.

Nos termos deste quinto parágrafo, as autoridades competentes para analisar o pedido de um residente, conforme o que vimos *supra*, têm uma ampla margem de discricionariedade, cabendo-lhes, ‘apenas e só’ usar essa discricionariedade de acordo com os requisitos previstos neste parágrafo, devendo considerar todos os factos e circunstâncias relevantes para uma tomada de decisão devidamente fundamentada, recorrendo, se necessário, às autoridades competentes do outro Estado Contratante, sendo certo que o veredito final caberá apenas às autoridades competentes requeridas<sup>67</sup>.

### **1.1.2. O “Principal Purpose Test (PPT rule)”**

No parágrafo sétimo, estabelece-se a regra do propósito principal nos termos da qual, um benefício previsto numa convenção, relativamente a um determinado tipo de rendimento ou capital, não deverá ser concedido, se for razoável concluir que, atendendo a todos os factos e circunstâncias relevantes, o acesso à convenção para beneficiar de tais vantagens foi um dos principais objetivos da transação ou operação realizada, a menos que se estabeleça que garantir o acesso a tais benefícios, nessas circunstâncias, estaria de acordo com o objeto e o propósito da convenção<sup>68</sup>. Nestes termos, quando um dos principais objetivos de determinada transação ou

---

<sup>66</sup> Factos e circunstâncias, tais como a história, a estrutura, o património detido pelo requerente, as operações realizadas ou a realizar pelo requerente, saber se o requerente foi adquirido por não residentes por razões completamente alheias à tributação, saber se o residente desenvolve ou virá a desenvolver uma atividade económica substancial, ou se o seu rendimento está sujeito a dupla tributação ou se o seu estabelecimento levará a uma situação de não-tributação ou tributação reduzida, levarão, em princípio, a uma tomada de decisão tendencialmente fundamentada, conferindo justiça ao caso concreto.

<sup>67</sup> Vide OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, ‘Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances’, Action 6: 2015 Final Report, disponível em: <http://www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm> (página 43 e seguintes)

<sup>68</sup> Vide OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, ‘Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances’, Action 6: 2015 Final Report, disponível em: <http://www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm>



operação realizada for o de retirar vantagens de uma convenção, e quando tal seja contrário ao objeto e propósito da mesma, os benefícios previstos na convenção não deverão aplicar-se.

Este parágrafo é complementar à aplicação dos parágrafos um a seis que compõem a *'limitation-on-benefits rule'*. Assim, ainda que determinada pessoa ou entidade se possa considerar qualificada para beneficiar de uma convenção à luz dos parágrafos um a seis, da aplicação do parágrafo sétimo poderá resultar a recusa no acesso aos benefícios da convenção.

É pretendido assegurar que as convenções sejam aplicadas em conformidade com o seu propósito, beneficiando trocas de bens e prestações de serviços, a circulação de pessoas e de capitais quando realizadas de boa-fé, sem que o objetivo principal seja o de assegurar a aplicação de um regime fiscal mais favorável<sup>69</sup>.

Tal como resulta dos comentários ao parágrafo sétimo, traçados no Relatório Final da Ação 6 do BEPS, na aferição do objetivo principal com determinada operação ou transação importa encetar uma análise objetiva do objeto e do propósito de todas as pessoas envolvidas em tal operação ou transação, considerando-se todas as circunstâncias relevantes para a realização daquela. Esta análise nunca poderá deixar de ser uma análise casuística, que leve a concluir se, atendendo aos factos e circunstâncias relevantes para o caso em concreto, um dos principais objetivos foi o de assegurar o acesso aos benefícios da convenção<sup>70</sup>. Assim, basta que um dos principais objetivos tenha sido o de assegurar o acesso aos benefícios da convenção para que se neguem os benefícios da mesma. Não é necessário que esse tenha sido o único ou principal propósito com a realização de uma determinada operação ou transação<sup>71</sup>.

---

[granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm](http://www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm)  
(página 55 e seguintes)

<sup>69</sup> Vide OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, *'Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances'*, Action 6: 2015 Final Report, disponível em: <http://www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm>  
(página 56 e seguintes)

<sup>70</sup> Vide OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, *'Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances'*, Action 6: 2015 Final Report, disponível em: <http://www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm>  
(página 57 e seguintes)

<sup>71</sup> Vide OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, *'Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances'*, Action 6: 2015 Final Report, disponível em: <http://www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm>  
(página 58 e seguintes)

Quando, por aplicação desta regra, se neguem determinados benefícios de uma convenção, as autoridades competentes do Estado Contratante deverão, a pedido do interessado em beneficiar da convenção, e após uma análise dos factos e circunstâncias relevantes, bem como após o recurso, se necessário, às autoridades competentes do outro Estado Contratante, tratar o requerente no processo como sendo uma pessoa ou entidade qualificada para beneficiar das vantagens da convenção. Estabelece-se, assim, uma alternativa ao acesso à convenção, por meio da discricionariedade que é conferida às autoridades competentes requeridas no processo.

## 2. A REGRA DE LIMITAÇÃO DE BENEFÍCIOS NA CONVENÇÃO MULTILATERAL

A 7 de Junho de 2017, Portugal – bem como tantos outros países – assinou a Convenção Multilateral para Prevenir a Erosão das Bases Tributáveis e a Transferência de Lucros, a “*Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*”<sup>72</sup>.

A Convenção foi assinada na sequência do trabalho levado a cabo pela OCDE e pelos países do G20, consciencializando os Estados de que têm vindo a perder receita fiscal substancial, em especial, relacionada com o rendimento das pessoas coletivas, em virtude do planeamento fiscal agressivo que tem marcado de forma notória a atuação das grandes empresas, quando procedem à troca artificial de lucros para Estados onde estes são sujeitos a uma baixa ou nenhuma tributação<sup>73</sup>. Assim, a Convenção Multilateral surge em resposta a estas preocupações, permitindo uma actuação coordenada dos Estados, para que as lacunas existentes na legislação fiscal internacional sejam colmatadas. Tal como bem nota ANA PAULA DOURADO, «*as respostas unilaterais não atingem o efeito coordenado pretendido pelas ações BEPS, pelo que quer a Diretiva ATAD, quer o instrumento multilateral previsto na ação 15 são fundamentais para reduzir a insegurança, descoordenação e novas disparidades*»<sup>74</sup>. Esta Convenção, que mais não é do que um instrumento que concretiza o plano de ação do BEPS, é o início de um longo caminho

---

<sup>72</sup> Vide ‘*Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*’, de 24 de Novembro de 2016, versão em inglês.

<sup>73</sup> Vide ‘*Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*’, versão em inglês

<sup>74</sup> Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*, Almedina (2017), (página 99).

de mudança, marcado pela alteração de uma panóplia de convenções para evitar a dupla tributação que se pretende que sejam utilizadas de forma não abusiva<sup>75</sup>.

A regra de limitação de benefícios surge, na Convenção Multilateral, para combater o abuso dos tratados<sup>76</sup>. No artigo sexto da Convenção Multilateral, refere-se qual o propósito de um tratado, estabelecendo-se, à semelhança do que se prevê na Ação 6 do plano BEPS, que um tratado deverá mencionar no seu preâmbulo, de forma expressa, a intenção de eliminar a dupla tributação sem que, com isso, se criem oportunidades para não tributação ou baixa tributação, através de evasão ou elisão fiscal, *inclusive* através de mecanismos de ‘*treaty shopping*’, levados a cabo para se obterem os benefícios que no tratado se preveem.

A versão completa do referido preâmbulo, referindo-se também à intenção das partes contratantes de desenvolverem a sua relação económica e de reforçarem a sua cooperação em matéria fiscal, também se prevê, embora signifique ir mais além do que o *standard* mínimo impõe<sup>77</sup>.

Por se tratar da única abordagem capaz de satisfazer o *standard* mínimo, o artigo sétimo da Convenção vem prever, por defeito, no primeiro parágrafo, o teste do propósito principal (ou a *PPT rule*), nos termos do qual um benefício contido num tratado, relativamente a um determinado tipo de rendimento ou capital, não deverá ser atribuído quando for razoável concluir que, atendendo a todos os factos e circunstâncias relevantes, a obtenção desse benefício foi um dos propósitos principais da operação ou transação realizada ou a realizar da qual resultaria a aplicação do benefício, a menos que se estabeleça que garantir tal benefício nessas circunstâncias estaria de acordo com o objeto e o propósito do tratado<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> Vide Sriram Govind & Pasquale Pistone, *The Relationship Between Tax Treaties and the Multilateral Instrument: Compatibility Clauses in the Multilateral Instrument*, in *The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties Analysis and Effects* (Edited by Michael Lang, Pasquale Pistone, Alexander Rust, Josef Schuch, Claus Staringer), Wolters Kluwer (2018), (página 122).

<sup>76</sup> Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*, Almedina (2017), (página 92 e seguintes);

<sup>77</sup> Vide ‘*Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*’, versão em inglês (página 21 e seguintes).

<sup>78</sup> Vide ‘*Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*’, versão em inglês (página 23 e seguintes); Alexandra Miladinovic & Alexander Rust, *Options under the Multilateral Instrument*, in *The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties Analysis and Effects* (Edited by Michael Lang, Pasquale Pistone, Alexander Rust, Josef Schuch, Claus Staringer), Wolters Kluwer (2018), (página 144 e seguintes).

Quando o acesso a um benefício for negado, as autoridades competentes do Estado Contratante deverão, mediante pedido da entidade que daquela vantagem pretenda beneficiar, tratar tal Requerente enquanto entidade qualificada para beneficiar do Tratado. A decisão de beneficiar tal entidade deverá acontecer quando, após uma cuidada e fundamentada análise dos factos e circunstâncias relevantes para a situação concreta, se determinar que tais benefícios seriam garantidos a essa entidade na ausência da transação ou operação em apreço. A consulta, por parte das autoridades competentes, às autoridades competentes do outro Estado Contratante poderá revelar-se fulcral para que as autoridades requeridas tomem uma decisão informada e fundamentada.

Deixa-se na vontade das partes contratantes a aplicação da cláusula de limitação de benefícios simplificada ou ‘*Simplified Limitation on Benefits Provision*’ em complemento àquela *PPT rule*. Tal cláusula é aplicável em determinado tratado, apenas se os Estados Contratantes escolheram aplicá-la ou acordem, posteriormente, a sua aplicação. Caso não se chegue a acordo relativamente à sua aplicação, será aplicada, por defeito, a *PPT rule* <sup>79</sup>.

Uma vez que a versão detalhada da regra de limitação de benefícios implicaria uma adaptação substancial de parte a parte – algo dificilmente exequível através de um instrumento multilateral – não se incluiu a versão detalhada da regra de limitação de benefícios, embora as partes que a pretendam aplicar, possam optar por não aplicar a *PPT rule*, comprometendo-se a esforçarem-se para chegar a um acordo bilateral que satisfaça os requisitos do *standard* mínimo <sup>80</sup>.

Cumpra aqui notar, na esteira de SRIRAM GOVIND & PASQUALE PISTONE <sup>81</sup> que alguns Estados poderiam estar interessados em substituir as suas ‘*fracas*’ regras de limitação de benefícios

---

<sup>79</sup> Vide ‘*Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*’, de 24 de Novembro de 2016, versão em inglês (pp. 9 e seguintes). Vide ‘*Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*’, versão em inglês (página 22 e seguintes).

<sup>80</sup> Vide ‘*Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*’, versão em inglês (página 22 e seguintes).

<sup>81</sup> Referem os autores que «[a]s the purpose of creating such a framework within the MLI was to give legal sanction to the tax treaty-related minimum standards, the provisions of the MLI should ideally be equivalent in scope to such minimum standards. In light of this, the compatibility clause attached to the principal purpose test, i.e., Article 7(2), should have allowed the replacement of all existing treaty-wide anti-avoidance provisions (which should be sufficient as long as it meets the minimum standard)». Vide Sriram Govind & Pasquale Pistone, *The Relationship Between Tax Treaties and the Multilateral Instrument: Compatibility Clauses in the Multilateral Instrument*, in *The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties Analysis and Effects* (Edited by Michael Lang, Pasquale Pistone, Alexander Rust, Josef Schuch, Claus Staringer), Wolters Kluwer (2018), (página 124).

pela cláusula do *Principal Purpose Test* que se afigura mais ampla. Entendem os autores que, pretendendo-se trazer sanções legais para os que não venham a implementar o *standard* mínimo, o facto de não se terem previsto cláusulas equivalentes e a falta de flexibilidade na previsão da cláusula de compatibilidade prevista no artigo sétimo da Convenção, marca a incoerência no tratamento do que se entende por *standard* mínimo.

Nos termos da regra de limitação de benefícios prevista na Convenção Multilateral – baseada na regra de limitação de benefícios prevista na Ação 6 do plano BEPS e na regra de limitação de benefícios consagrada no novo Modelo de Convenção dos Estados Unidos da América (2016) –, o residente de um Estado Contratante não deverá aceder aos benefícios de uma convenção a menos que, quando pretenda retirar vantagens dos benefícios previstos na convenção, se trate de uma pessoa qualificada<sup>82</sup>.

E, entende-se por pessoas qualificadas: i) uma pessoa singular; ii) uma entidade contratante, ou uma sua subdivisão política ou administrativa ou autarquia local, ou uma instituição ou organização detida por esse Estado, subdivisão ou autarquia; iii) uma sociedade ou outra entidade, se a sua classe maioritária de ações for regulada numa ou mais bolsa de valores reconhecida<sup>83</sup>; iv) uma pessoa (que não seja uma pessoa singular) que seja uma organização não lucrativa ou que seja uma entidade ou mecanismo estabelecida(o) no Estado Contratante tratada(o) como uma pessoa distinta, nos termos das leis tributárias desse Estado Contratante, e que seja estabelecida(o) e opere de forma exclusiva ou quase exclusiva para administrar ou prestar benefícios de reforma e benefícios conexos ou incidentais a pessoas singulares ou que seja estabelecida e opere de forma exclusiva ou quase exclusiva para o investimento de fundos em benefício das entidades ou mecanismos referidos anteriormente; v) uma pessoa (que não seja uma pessoa singular) se, em pelo menos metade dos dias, num período de doze meses que inclui o tempo em que o benefício seria acordado, as pessoas consideradas residentes no Estado

---

<sup>82</sup> Vide ‘*Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*’, versão em inglês (página 25 e seguintes).

<sup>83</sup> Para uma análise crítica da eficácia deste “*Stock Exchange Test*” Vide: Blazej Kuzniacki, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 1*, INTERTAX, Volume 46, Issue I, (2018), (página 68-79).

Contratante e com acesso aos benefícios da convenção nos termos referidos nos pontos i) a iv) detenham, direta ou indiretamente, pelo menos 50% das ações desta pessoa<sup>84</sup>.

Também aqui se prevê um ‘*active conduct of a business test*’<sup>85</sup> ao estabelecer-se que o residente de um Estado Contratante poderá retirar vantagens dos benefícios previstos na Convenção, relativamente a um determinado tipo de rendimento proveniente do outro Estado Contratante, independentemente de se tratar de um residente qualificado, quando se trate de um residente que desenvolve uma atividade económica no Estado Contratante de residência, e o rendimento que auferir do outro Estado Contratante deriva ou é consequência dessa atividade ou negócio. Tal atividade económica não inclui atividades desenvolvidas por sociedades *holding*; a prestação de serviços de supervisão ou administração de um grupo de empresas; o financiamento de grupos de empresas, nem a atividade de fazer ou gerir investimentos, a menos que estas atividades sejam desenvolvidas por um banco, uma seguradora ou negociadora de títulos nominativos que atuem no decurso normal do seu negócio ou atividade.

Se o residente de um Estado Contratante auferir um determinado rendimento proveniente de uma atividade económica prosseguida por si noutro Estado Contratante, ou proveniente de uma empresa relacionada, deverão ser consideradas as condições *supra* descritas caso a atividade económica prosseguida no Estado de residência seja substancial ou complementar em relação à atividade económica prosseguida no outro Estado Contratante. Tal substancialidade será determinada tendo por base todos os factos e circunstâncias relevantes. Nos termos deste teste, as atividades desenvolvidas por pessoas relacionadas a um residente do Estado Contratante deverão considerar-se como sendo desenvolvidas por esse residente.

---

<sup>84</sup> Para uma análise crítica da eficácia deste “*Ownership Test*” Vide: Blazej Kuzniacki, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 1*, INTERTAX, Volume 46, Issue I, (2018), (página 68-79).

<sup>84</sup> Vide ‘*Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*’, versão em inglês (página 26).

<sup>85</sup> Vide ‘*Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*’, versão em inglês (página 26);

Para uma análise crítica da eficácia deste “*active conduct of a business test*” Vide: Blazej Kuzniacki, *The Limitation on Benefits Provision in BEPS Action 6/Multilateral Instrument: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 2*, INTERTAX, Volume 46, Issue 2, (2018), (páginas 124-139), (páginas 124-130).

À luz do ‘*derivative benefits test*’<sup>86</sup> que este instrumento multilateral também consagra, o residente de um Estado Contratante, que não se trate de uma pessoa qualificada, terá direito a retirar vantagem dos benefícios da convenção, relativamente a determinado tipo de rendimento se, em pelo menos metade dos dias, num período de doze meses que inclui o tempo em que o benefício seria acordado, os beneficiários equivalentes detenham, direta ou indiretamente, pelo menos 75% dos direitos de participação do residente.

Esta regra de limitação de benefícios aparece reforçada com a ‘*discretionary relief clause*’<sup>87</sup>, que permite que a presunção de abuso seja ilidida<sup>88</sup>. Nestes termos, rege-se que se o residente de um Estado Contratante, após a aplicação dos testes referidos *supra*, não se considerar qualificado para beneficiar da convenção, as autoridades competentes do Estado Contratante poderão garantir o acesso aos benefícios da convenção apenas se o residente conseguir demonstrar que nem o estabelecimento, aquisição ou manutenção, nem a conduta das suas operações, tiveram como um dos principais objetivos a obtenção dos benefícios da convenção. Esta possibilidade de acesso à convenção deverá ser impulsionada ou provocada através de requerimento feito pelo residente que pretenda retirar alguma vantagem da convenção. Após tal pedido, as autoridades requeridas analisarão os factos e circunstâncias relevantes para o caso concreto, podendo, se entenderem relevante, contactar as autoridades competentes do outro Estado Contratante<sup>89</sup>.

Assim se vê que, à semelhança da regra de limitação de benefícios prevista na Ação 6 do Plano BEPS, se prevê também, na Convenção Multilateral, uma cláusula de limitação de benefícios para o combate ao *treaty shopping*, ainda que se dê primazia à cláusula do propósito principal para o cumprimento do *standard mínimo*.

Feito este percurso, e compreendendo-se as semelhanças entre as regras de limitação de benefícios que neste capítulo foram alvo de exposição, importará compreender a relação que se

---

<sup>86</sup> Vide ‘*Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*’, versão em inglês (página 26);

Para uma análise crítica da eficácia deste “*derivative benefits test*” Vide: Blazej Kuzniacki, *The Limitation on Benefits Provision in BEPS Action 6/Multilateral Instrument: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 2*, INTERTAX, Volume 46, Issue 2, (2018), (páginas 124-139), (páginas 130, 131).

<sup>87</sup> Para uma análise crítica da eficácia deste “*active conduct of a business test*” Vide: Blazej Kuzniacki, *The Limitation on Benefits Provision in BEPS Action 6/Multilateral Instrument: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 2*, INTERTAX, Volume 46, Issue 2, (2018), (páginas 124-139), (páginas 131-135).

<sup>88</sup> Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*, Almedina (2017), (página 93).

<sup>89</sup> Vide ‘*Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*’, de 24 de Novembro de 2016, versão em inglês (página 11 e seguintes).

estabelece entre este tipo de cláusulas e as liberdades fundamentais garantidas pelo Direito da União Europeia.



#### IV. A RELAÇÃO ENTRE AS REGRAS DE LIMITAÇÃO DE BENEFÍCIOS E AS LIBERDADES FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA – DISCRIMINATÓRIAS, MAS PROPORCIONAIS?

##### 1. AS LIBERDADES FUNDAMENTAIS DO TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA

Compreendemos a premência da inclusão de regras de limitação de benefícios para combater o *treaty shopping* mas, ao mesmo tempo, e sobretudo, não descuidamos a importância da inclusão de tais regras ser compatível com as liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia<sup>90</sup>.

A inclusão de regras de limitação de benefícios nas convenções de dupla tributação é uma prática internacional, dada a sua estrutura e especificidade no combate ao fenómeno do *treaty shopping*. Contudo, a aplicação de tais cláusulas pode entrar em conflito direto com o Direito da União Europeia. Ainda que, em abstrato, as regras de limitação de benefícios não sejam contrárias aos princípios que se consagram no Direito da União Europeia, pois sabe-se que as situações de abuso fiscal não são encaradas com levandade, o certo é que aquelas regras podem, por vezes, detonar aquele Direito<sup>91</sup>. Em boa verdade, as convenções de dupla tributação podem conter cláusulas de limitação de benefícios, sem que, com isso, seja desrespeitado o Direito da União Europeia<sup>92</sup>. Os Estados-Membros devem respeitar o Direito da União Europeia dada a sua supremacia sobre as regras nacionais de cada Estado-Membro, sob pena de terem que alterar ou mesmo revogar todas as convenções de dupla tributação que hajam sido ou venham a ser celebradas em notória desconsideração por aquele Direito. Apesar de serem livres para distribuir os seus poderes de tributação da forma que melhor os apraz, podendo assim incluir nas suas

---

<sup>90</sup> Eric C.C.M. Kemmeren, *Where is EU Law in the OECD BEPS Discussion?*, EC TAX REVIEW, (2014/4), (páginas 190-193).

<sup>91</sup> Vide Sriram Govind & Pasquale Pistone, *The Relationship Between Tax Treaties and the Multilateral Instrument: Compatibility Clauses in the Multilateral Instrument*, in *The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties Analysis and Effects* (Edited by Michael Lang, Pasquale Pistone, Alexander Rust, Josef Schuch, Claus Staringer), Wolters Kluwer (2018), (página 128).

<sup>92</sup> Foi o que se decidiu no caso C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, de 12 de dezembro de 2006.

convenções de dupla tributação cláusulas de limitação de benefícios devem, contudo, sempre fazê-lo sob a alçada e respeito do Direito da União Europeia<sup>93</sup>.

Tal como melhor vimos *supra*, as regras de limitação de benefícios caracterizam-se essencialmente pelo seu combate ao ‘*treaty shopping*’, atuando, assim, em limitação do acesso dos residentes num Estado-Membro da União Europeia às vantagens emergentes de uma convenção. Mas a limitação que surge em resultado da aplicação de tais regras, pode estar a colocar em causa liberdades fundamentais das quais é garante o Direito da União Europeia, em concreto a liberdade de estabelecimento e a livre circulação de capitais – embora possa também questionar-se o impacto destas regras na livre prestação de serviços – liberdades essas que foram instituídas e são garantidas pelo Tratado da União Europeia, com expressa previsão nos artigos 49.º e 63.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, assentando num princípio de não discriminação<sup>94</sup>.

Uma vez que as relações entre países terceiros, no domínio dos impostos diretos, tem crescido a par da expansão da dimensão do Mercado Interno<sup>95</sup>, tratar da compatibilidade das regras de limitação de benefícios inseridas em tratados com Estados-Membros da União Europeia, e terceiros Estados (não pertencentes à União Europeia, nem ao Espaço Económico Europeu) é, também, crucial para o que aqui nos cumpre deslindar.

De acordo com o princípio da integração em conformidade com o Direito internacional, os Estados-Membros da União Europeia não devem violar o direito internacional aplicável ao tempo em que se fundou a Comunidade, sendo também aplicável aos países que se viessem a juntar àquela após a sua fundação. Deste modo, devem os Estados-Membros alterar a sua legislação interna, em resultado da aplicação do Direito da União. Este princípio aplica-se, igualmente, em relação às convenções ou tratados fiscais celebrados, a partir do momento em que os Estados se juntem à

---

<sup>93</sup> Sacha Prechal, ‘*EC Law: The Framework*’, in *The Compatibility of Anti-Abuse Provisions in Tax Treaties with EC Law*, Editors Peter HJ Essers, Guido JME de Bont, Eric CCM Kemmeren, Eucotax, Kluwer Law International, (1998), (páginas 1-16);

Vanessa E. Englmair, *The Relevance of the Fundamental Freedoms for Direct Taxation*, in *Introduction to European Tax Law: Direct Taxation* Third Edition, Editors: Michael Lang, Pasquale Pistone, Josef Schuch, Claus Staringer, Spiramus, (2013), (páginas 43-92), (páginas 46 e 66).

<sup>94</sup> Paula Rosado Pereira, *Princípios do Direito Fiscal Internacional: do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu*, Almedina (2010), (página 253 e seguintes).

<sup>95</sup> Pasquale Pistone, *The Impact of European Law on the Relations with Third Countries in the Field of Direct Taxation*, INTERTAX, Volume 34, Issue 5, (2006), (páginas 234-244).

Comunidade. Assim, nenhum país está sujeito ao Direito da União Europeia até que se torne um Estado-Membro<sup>96</sup>.

No contexto das regras de limitação de benefícios, podemos interpretar o artigo 307.º do Tratado da Comunidade Europeia (artigo 351.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) como uma obrigação de que os Estados-Membros, aquando da celebração de tratados com países terceiros, se dignem a respeitar o Direito da União Europeia<sup>97</sup>. Nos casos *Open Skies*<sup>98</sup>, resulta claro que o respeito pelo Direito da União Europeia é um dever dos Estados-Membros que não podem desculpar tratamentos discriminatórios ou restritivos com base na atuação de terceiros Estados. Tanto assim é que, apesar de o Reino Unido ter tentado, em sua defesa, apontar a discriminação em que assentava o artigo 5.º daquele acordo no eventual comportamento dos Estados Unidos, o Tribunal não colheu essa argumentação, uma vez que se entende que a culpa deve ser apontada ao Estado-Membro que permitiu que o outro Estado Contratante pudesse atuar de forma discriminatória. Deste modo, enquanto no caso *ACT*, se entendeu uma regra de limitação de benefícios justificada pelo equilíbrio e reciprocidade inerentes às convenções de dupla tributação – já que existia um *link* direto entre o crédito do imposto do Reino Unido e o poder deste Estado de tributar os dividendos à saída – nos casos *Open Skies* não estava em causa tal equilíbrio e realçou-se, fundamentalmente, o dever dos Estados-Membros, nas suas relações contratuais com Estados terceiros, de respeitarem o Direito da União Europeia, pelo que estes últimos casos podem elucidar situações perante as quais se discuta a compatibilidade de regras de limitação de benefícios emergentes de convenções de dupla tributação entre Estados-Membros e países terceiros<sup>99</sup>.

Quando uma regra de limitação de benefícios surge de uma convenção entre um Estado-Membro da União Europeia e um país terceiro, este último não está sujeito ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nem ao princípio da igualdade, não estando vinculado a respeitar as liberdades fundamentais decorrentes do Tratado. Não obstante, os Estados-Membros

---

<sup>96</sup> Pasquale Pistone, *The Impact of Community Law on Tax Treaties*, Kluwer Law International, (2002), (página 83 e seguintes).

<sup>97</sup> Pasquale Pistone, *The Impact of Community Law on Tax Treaties*, Kluwer Law International, (2002), (página 91 e seguintes).

<sup>98</sup> C-467/98, *Open Skies*, de 5 de novembro de 2002.

<sup>99</sup> Veja-se, neste sentido, Patrick Plansky e Hermann Schneeweiss, *Limitation on Benefits: From the US Model 2006 to the ACT Group Litigation*, INTERTAX, VOLUME 35, Issue 8/9, (2007), (páginas 484-493).

da União Europeia, esses sim, estão proibidos de concluir tratados ou convenções com países terceiros dos quais resulta uma violação desses princípios. Com efeito, os Estados-Membros da União Europeia devem, sob a égide do artigo 307.º do Tratado da Comunidade Europeia (§2 do artigo 351.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), eliminar as incompatibilidades com o Direito da União Europeia emergentes de tratados ou convenções celebrados antes da entrada em vigor do Tratado da União Europeia<sup>100</sup>. Esta não é, contudo, uma obrigação de resultados, pelo que a impossibilidade de dissipar tal incompatibilidade com o Tratado da União Europeia, residirá no poder inferior do Estado-Membro da União Europeia, quando comparada com o dos Estados Unidos<sup>101</sup>, por exemplo.

Não podemos deixar de referir que um tratado bilateral que surja em violação do Tratado da União Europeia continua a ser válido e a poder ser aplicado pelo país terceiro<sup>102</sup>. Ora, tal assunção assume a maior relevância uma vez que, perante normas antiabuso previstas em convenções de dupla tributação, o país terceiro tem um interesse óbvio em aplicar, unilateralmente, tais normas, ainda que os Estados-Membros, por força do seu dever de respeito pelo Tratado da União Europeia, se vejam impedidos de as aplicar<sup>103</sup>.

É interessante notar que, apesar de na Ação 6 do Plano BEPS se sugerir que as partes contratantes num tratado devem ter a mesma intenção, facilmente se pode ver que nem sempre isso corresponde à realidade, sobretudo quando em causa estão convenções celebradas entre Estados-Membros da União Europeia e países terceiros, alguns deles, países menos desenvolvidos. Quanto a isto, exemplifica MINDY HERZFELD<sup>104</sup> com o caso da Eslovénia, após a sua independência da Jugoslávia, tendo a celebração de uma convenção com os Estados Unidos trazido maior abertura ao comércio e servido de incentivo para o investimento direto vindo do estrangeiro, enquanto que o interesse dos Estados Unidos é fundamentalmente movido por questões políticas.

---

<sup>100</sup> Vide Klaus Vogel, Daniel Gutmann, Ana Paula Dourado, *Tax Treaties between Member States and Third States: 'reciprocity' in bilateral tax treaties and non-discrimination in EC Law*, EC Tax Review, (2006-2), (páginas 83-94); Paula Rosado Pereira, *Princípios do Direito Fiscal Internacional: do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu*, Almedina (2010), (página 305 e seguintes).

<sup>101</sup> Pasquale Pistone, *The Impact of Community Law on Tax Treaties*, Kluwer Law International, (2002), (página 92).

<sup>102</sup> Jacques Mallerbe and Olivier Delattre, *Compatibility of the Limitation on Benefits Provisions with EC Law*, European Taxation, January (1996), (páginas 12-20).

<sup>103</sup> Vide Klaus Vogel, Daniel Gutmann, Ana Paula Dourado, *Tax Treaties between Member States and Third States: 'reciprocity' in bilateral tax treaties and non-discrimination in EC Law*, EC Tax Review, (2006-2), (páginas 83-94).

<sup>104</sup> Mindy Herzfeld, *The Purpose of Treaties: Not Always About Double Taxation*, Tax Notes International, February 22, (2016), (páginas 627-630), (páginas 628 e seguintes).

Daqui bem se pode ver que a intenção de ambos os Estados Contratantes não só não é comum, como também não assenta na prevenção da dupla tributação. Seguindo de perto a explicação daquele autor, no caso da convenção celebrada entre os Estados Unidos e o Luxemburgo, o Luxemburgo atrai o investimento vindo dos Estados Unidos que, por sua vez, se expandirá para outros países com quem o Luxemburgo celebrou convenções. Aqui, a entrada do Luxemburgo naquela convenção com os Estados Unidos pode ter por detrás a intenção de facilitar o *treaty shopping*. Ademais, conseguem os Estados Unidos proteger os seus interesses, através da inserção de uma regra de limitação de benefícios na Convenção<sup>105</sup>.

Regra geral, entende-se que os Estados-Membros não estão proibidos de incluir, nas suas convenções de dupla tributação celebradas com terceiros Estados, regras antiabuso que limitem o acesso aos benefícios decorrentes de tais convenções, como as regras de limitação de benefícios. Uma simples regra de limitação de benefícios inserida numa convenção de dupla tributação celebrada entre um Estado-Membro da União Europeia e um país terceiro requerendo que as sociedades residentes dos Estados Contratantes sejam controladas por residentes nesse Estado-Membro ou país terceiro, de modo que as sociedades residentes serão tratadas de forma diferente, consoante a residência dos seus acionistas, não significa necessariamente uma prática em contrariedade com as liberdades fundamentais, desde que não reconduza a uma situação de Dupla Tributação Económica. Neste sentido, e na esteira de ANA PAULA DOURADO<sup>106</sup>, um Estado-Membro pode não aplicar a cláusula de limitação de benefícios dada a sua clara incompatibilidade com as liberdades fundamentais e com o princípio da não discriminação. Se um país terceiro aplica a cláusula de limitação de benefícios ao passo que o Estado-Membro da União Europeia concede um crédito pela retenção na fonte, garante-se a inexistência de Dupla Tributação Económica e o respeito pelo Direito da União Europeia. Se assim não for, a aplicação de uma cláusula de limitação de benefícios por um país terceiro pode estar a violar o Tratado da União Europeia, e os Estados-Membros da União Europeia a contribuir para a Dupla Tributação Económica.

---

<sup>105</sup> Veja-se, também, Luc De Broe & Joris Luts, *BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse*, INTERTAX, Volume 43, Issue 2, (2015), (páginas 122-146), (página 145).

<sup>106</sup> De acordo com Ana Paula Dourado, aquando da análise das cláusulas de limitação de benefícios, importa entender a dupla tributação económica como «um critério de concretização da restrição à liberdade fundamental, associado com o princípio da coesão, e pode funcionar também como um critério de proporcionalidade», *Lições de Direito Fiscal Europeu, Tributação Directa*, Coimbra Editora (2010), (página 147 e seguintes).

As regras de limitação de benefícios, enquanto regras antiabuso, estão relacionadas com a atribuição ou aplicação, a um contribuinte, de uma convenção, ainda antes da atribuição da tributação entre os Estados Contratantes. Como vimos, ainda que em matéria de tributação direta sejam competentes os Estados Contratantes, estes não devem exercer tal competência de forma discriminatória ou restritiva. As normas antiabuso que venham a ser inseridas em tratados ou convenções celebrados entre Estados-Membros da União Europeia e países terceiros não serão, necessariamente, incompatíveis com o Direito da União Europeia. Esse julgamento ou aferição há-de ser levado a cabo de forma casuística, tendo sempre em consideração que tais regras não podem ser construídas de forma a não deixarem margem para que se ilidam as presunções em que assentam, indagando-se do abuso no caso concreto<sup>107</sup>. Assim, aquando da averiguação da compatibilidade regras de limitação de benefícios, haverá que se fazer uma análise casuística<sup>108</sup>. Por outro lado, estando inseridas em convenções de dupla tributação, as cláusulas de limitação de benefícios configuram também regras de repartição de competências, estando por isso ilibadas do juízo do Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>109</sup>.

O Tribunal de Justiça da União Europeia já se pronunciou no sentido de que é legítima a escolha de um regime mais favorável<sup>110</sup>, contanto que exista realmente intenção no desenvolvimento de uma actividade comercial<sup>111</sup>, não devendo as medidas antiabuso entrar em conflito direto com o Direito da União Europeia. Não obstante, conforme melhor se verá *infra*, no caso *Marks & Spencer*<sup>112</sup>, vem reconhecer-se o mero risco de elisão fiscal como uma (de entre as três justificações) justificação para uma medida restritiva.

À luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, as restrições às liberdades fundamentais da União Europeia podem existir quando por detrás esteja a prossecução de um objetivo legítimo compatível com o Tratado da União Europeia e quando se justifiquem por

---

<sup>107</sup> Ana Paula Dourado, *Lições de Direito Fiscal Europeu, Tributação Directa*, Coimbra Editora, (2010), (página 148).

<sup>108</sup> Referindo-se, também, às regras CFC, no mesmo sentido *Vide* Klaus Vogel, Daniel Gutmann, Ana Paula Dourado, *Tax Treaties between Member States and Third States: 'reciprocity' in bilateral tax treaties and non-discrimination in EC Law*, EC Tax Review, (2006-2), (páginas 83-94).

<sup>109</sup> Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*, Almedina (2017), (página 82 e seguintes);

Klaus Vogel, Daniel Gutmann, Ana Paula Dourado, *Tax Treaties between Member States and Third States: 'reciprocity' in bilateral tax treaties and non-discrimination in EC Law*, EC Tax Review, (2006-2), (páginas 83-94).

<sup>110</sup> C-212/97, *Centros*, de 9 de março de 1999.

<sup>111</sup> *Substance test*.

<sup>112</sup> C-446/03, *Marks & Spencer*, de 13 de dezembro de 2005.

razões imperiosas de interesse geral estando, contudo, a justificação sujeita ao teste da proporcionalidade<sup>113</sup>.

Torna-se, assim ingrata a tarefa de combater o abuso através da inserção de regras de limitação de benefícios em convenções, em respeito pelo Direito da União Europeia, designadamente pela liberdade de estabelecimento, pela livre circulação de capitais, e pela livre prestação de serviços, conforme melhor serão abordadas *infra*. Mas essa tarefa não tem sido desprezada, sendo prova disso mesmo o facto de se ter vindo a incluir *derivative benefits tests* nas convenções entre os Estados Unidos e os Estados-Membros da União Europeia<sup>114</sup>, ainda que se possa questionar a suficiência de tal teste para conferir, às regras de limitação de benefícios, conformidade com o Direito da União Europeia. Sobre essa (in)suficiência, JACQUES MALHERBE e OLIVIER DELATTRE entendem o *derivative benefits test* como uma forma de mitigar a discriminação emergente das regras de limitação de benefícios, embora não o entendam como uma solução para o problema da compatibilidade de tais regras com o Direito da União Europeia. Entendem que o âmbito da discriminação é reduzido<sup>115</sup>.

Seguindo de perto o entendimento de ERIC OSTERWEIL, entendemos que a análise da compatibilidade das regras de limitação de benefícios com o Direito da União Europeia tem de de ser feita em consideração da necessidade de se acautelar ou combater o abuso dos tratados<sup>116</sup>.

Vejamos, primeiramente, em que medida os testes rígidos e objetivos que as cláusulas de limitação de benefícios preveem, podem ser atentatórios das liberdades de estabelecimento, capitais e serviços para que, de seguida, indaguemos sobre as justificações para tais medidas e sobre a sua adequação e proporcionalidade.

## 2. A LIBERDADE DE ESTABELECIMENTO

---

<sup>113</sup> C-250/95, *Futura*, de 15 de maio de 1997; C-446/03, *Marks & Spencer*, de 13 de dezembro de 2005.

<sup>114</sup> Eric Osterweil, *Are LOB Provisions in Double Tax Conventions Contrary to EC Treaty Freedoms?*, EC Tax Review, (2009/5), (páginas 236-248), (página 246).

<sup>115</sup> Jacques Mallerbe and Olivier Delattre, *Compatibility of the Limitation on Benefits Provisions with EC Law*, European Taxation, January (1996), (páginas 12-20), (página 20).

<sup>116</sup> Eric Osterweil, *Are LOB provisions in Double Tax Conventions Contrary to EC Treaty Freedoms?*, EC Tax Review (2009-5), (páginas 236-248), (página 248).

No artigo 49.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, reconhece-se a liberdade de estabelecimento<sup>117</sup> aos nacionais dos Estados-Membros que «*compreende tanto o acesso às atividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades*» em condições análogas às definidas pela legislação do Estado-Membro de estabelecimento em relação aos seus nacionais. Podem, assim, à luz do artigo 54.º do Tratado, «*as sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que tenham a sua sede estatutária, administração central ou principal estabelecimento na Comunidade*», exercer a sua atividade nesse Estado-Membro, através de uma filial, sucursal ou agência.

Os obstáculos à entrada e à saída que resultem numa proibição ou numa dificuldade do exercício do direito de estabelecimento pelos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro estão, à luz daquela liberdade, proibidos. Deste modo, em regra, medidas que venham proibir, perturbar ou tornar menos atrativo o exercício da liberdade de estabelecimento pelos nacionais Europeus, constituem obstáculos que o Tratado proíbe<sup>118</sup>.

## 2.1. ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE DOS “TESTES”

Se pensarmos no teste da residência que se consagra no primeiro parágrafo da regra de limitação de benefícios da Ação 6 do Plano BEPS<sup>119</sup>, bem como na cláusula de limitação de benefícios prevista na Convenção Multilateral<sup>120</sup>, nos termos do qual o residente de um Estado Contratante que se considere uma pessoa qualificada terá direito aos benefícios acordados na

---

<sup>117</sup> Sobre a liberdade de estabelecimento, *Vide*, por exemplo, Ben J. M. Terra & Peter J. Wattel, *European Tax Law*, Sixth Edition, Kluwer Law International, (2012), (página 49).

<sup>118</sup> Ana Paula Dourado, *Lições de Direito Fiscal Europeu, Tributação Directa*, Coimbra Editora, (2010), (páginas 76-84);

Paula Vaz Freire, *Mercado Interno e União Económica e Monetária – Lições de Direito Económico da União Europeia*, AAFDL (2013), (páginas 179-193);

Miguel Gorjão-Henriques, *Direito da União – História, Direito, Cidadania, Mercado interno e Concorrência*, 6ª Edição, Almedina (2010), (páginas 606-617).

<sup>119</sup> OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, ‘*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*’, Action 6: 2015 Final Report, disponível em: <http://www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm> (página 21 e seguintes).

<sup>120</sup> *Vide* ‘*Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*’, de 24 de Novembro de 2016, versão em inglês, (página 10 e seguintes).



convenção para os residentes de um Estado Contratante, vemos que apenas os residentes poderão qualificar-se para beneficiar de uma Convenção.

Assim, uma empresa que atue num determinado Estado através de um estabelecimento estável, nunca será considerada residente para poder beneficiar da Convenção. Coloca-se, portanto, a questão de saber se a diferença de tratamento, *a priori*, entre residentes e não residentes, poderá colocar em causa a liberdade de estabelecimento, desde logo atento o raciocínio levado a cabo pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Saint Gobain*<sup>121</sup>.

Com efeito, no caso *Saint Gobain*, as autoridades fiscais alemãs recusaram-se a conceder a uma sociedade de direito francês, com sede e direção comercial em França, que detinha uma sucursal alemã (considerada, no direito fiscal alemão, um estabelecimento estável da Saint-Gobain S.A.) certos benefícios fiscais relativos à tributação de dividendos provenientes de participações sociais de capitais estrangeiros, uma vez que tais benefícios estariam reservados às sociedades sujeitas, na Alemanha, a uma obrigação fiscal ilimitada (estando a sociedade de direito francês sujeita, na Alemanha, a uma obrigação fiscal limitada). Questionou-se, a título prejudicial, se seria compatível com o direito comunitário em vigor, na altura o artigo 52.º em conjugação com o artigo 58.º do Tratado da Comunidade Europeia, que um estabelecimento estável situado na Alemanha e explorado por uma sociedade de capitais com sede noutro Estado-Membro (sociedade não residente) não beneficiasse, nas mesmas condições que as que seriam aplicáveis às sociedades de capitais com sede na Alemanha, das vantagens fiscais previstas. O Tribunal de Justiça da União Europeia concluiu que aqueles artigos se opunham a tal tratamento.

Bem se pode ver que, neste caso, se tratava de forma diferente uma sociedade que pretendesse atuar através de uma sociedade residente ou através de um estabelecimento estável, desrespeitando-se de forma clara a liberdade de estabelecimento que no Direito da União Europeia se consagra. Desta forma, estaria limitada a escolha entre atuar através de uma sociedade ou através de um estabelecimento estável.

Também a imposição prevista no subparágrafo 2 c) da regra de limitação de benefícios prevista na Ação 6 do Plano BEPS<sup>122</sup>, bem como na cláusula de limitação de benefícios da

---

<sup>121</sup> C-307/97, *Saint Gobain*, de 21 de setembro de 1999.

<sup>122</sup> OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, ‘*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*’, Action 6: 2015 Final Report, disponível em: <http://www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of->

Convenção Multilateral<sup>123</sup> (o *stock exchange test*), poderá estar a restringir a liberdade de estabelecimento, na medida em que vem sujeitar a concessão dos benefícios previstos numa convenção, à condição de se tratar de uma empresa ou outra entidade residente que tenha a sua principal classe de ações regulada numa ou mais bolsas de valores localizadas no Estado Contratante onde a empresa ou entidade é residente. As empresas vêm, assim, limitada a sua escolha no registo das suas ações. Além disso, as empresas que sejam detidas por residentes individuais poderão sempre beneficiar da convenção, ao passo que as empresas de capital aberto terão de se sujeitar à condição *supra* referida. Ora, fácil é de ver que tal disposição condiciona a liberdade de estabelecimento.

O Tribunal de Justiça da União Europeia, nos casos *Cadbury Schweppes*<sup>124</sup> e *Lankhorst-Hohorst*<sup>125</sup>, já se pronunciou no sentido de que as regras antiabuso devem ser aplicadas apenas a esquemas puramente artificiais e, de acordo com o que vimos *supra*, o *stock exchange test* que se consagra no subparágrafo 2 c) parece ir mais além<sup>126</sup>. Com efeito, o facto de uma empresa não ter a sua principal classe de ações regulada numa ou mais bolsas de valores do Estado Contratante onde reside, não implica, por si só, que tal empresa atue motivada por interesses abusivos. E, deste modo, parece resultar claro que o teste em análise não respeita a liberdade de estabelecimento, garantida pelo Direito da União Europeia.

O *Ownership Test* previsto no subparágrafo e) da regra de limitação de benefícios prevista na Ação 6 do Plano BEPS<sup>127</sup>, também consagrado na cláusula de limitação de benefícios da Convenção Multilateral<sup>128</sup>, ao estabelecer que a maioria dos acionistas de uma empresa tenha que ser residente no mesmo Estado que a empresa, e que aqueles tenham de ser qualificados para aceder aos benefícios de uma convenção, limita a liberdade de estabelecimento. Restringe-se a

---

[treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm](http://www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm) (página 26 e seguintes).

<sup>123</sup> Vide ‘*Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*’, de 24 de Novembro de 2016, versão em inglês, (página 10 e seguintes).

<sup>124</sup> C-196/04, *Cadbury/Schweppes*, de 12 de setembro de 2006.

<sup>125</sup> C-324/00, *Lankhorst Hohorst*, de 12 de dezembro de 2002.

<sup>126</sup> Neste sentido, Vide Filip Debelva, Dina Scornos, Jan Van den Berghen & Pieter Van Braband, *LOB Clauses and EU-Law Compatibility: A Debate Revived by BEPS?*, EC TAX REVIEW, (2015/3), (páginas 132-143).

<sup>127</sup> OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, ‘*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*’, Action 6: 2015 Final Report, disponível em: <http://www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm> (página 30 e seguintes).

<sup>128</sup> Vide ‘*Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*’, de 24 de Novembro de 2016, versão em inglês, (página 10 e seguintes).

liberdade de estabelecimento quando se impõe uma percentagem mínima de acionistas residentes. A este respeito, importa notar o entendimento de PASQUALE PISTONE, RITA JULIEN & FRANCESCO CANNAS<sup>129</sup> no sentido de que a introdução de regras de limitação de benefícios, em concreto do *Ownership Test*, pode levar a problemas substantivos, uma vez que uma empresa europeia não consegue aceder aos benefícios de uma Convenção nas mesmas condições que as empresas europeias do estado de estabelecimento; e procedimentais, pois que, uma empresa que se estabeleça noutro Estado-Membro, fica sujeita a condições adicionais para beneficiar da sua liberdade de estabelecimento da mesma forma que os nacionais desse Estado-Membro, independentemente de os direitos europeus se aplicarem de forma direta. Ora, uma empresa quando detida por nacionais de outro Estado-Membro, tem que se sujeitar a testes adicionais como o *Active Conduct of a Business Test* ou o *Headquarters Test*, ou à *Discretionary Relief Clause*.

Também o *Base Erosion Test*, no subparágrafo 2 e), configura uma restrição à liberdade de estabelecimento, quando impõe que impõe que menos do que 50% do rendimento bruto de um sujeito passivo, seja pago ou acumulado, de forma direta ou indireta, a não residentes em nenhum dos Estados Contratantes com direito aos benefícios da Convenção, na forma de pagamentos dedutíveis, que levam a uma redução da carga fiscal.

O *Active Conduct of a Business Test*, que consta do terceiro parágrafo da regra de limitação de benefícios prevista na Ação 6 do Plano BEPS<sup>130</sup>, bem como na cláusula de limitação de benefícios da Convenção Multilateral<sup>131</sup>, vem restringir a liberdade de estabelecimento, em concreto quando o rendimento provém de uma atividade prosseguida noutro Estado-Membro, através de um Estabelecimento Estável. As atividades de administração e operacionalidade de uma empresa fazem também parte (importante) de um negócio, pelo que presumir que através de um

---

<sup>129</sup> Pasquale Pistone, Rita Julien & Francesco Cannas, *Can the Derivative Benefits Provision and the Competent Authority Discretionary Relief Provision render the OECD-proposed LoB Clause Compatible with EU Fundamental Freedoms?*, Michael Lang, Pasquale Pistone, Alexander Rust, Josef Schuch, Claus Staringer, in *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*, Linde Verlag, (2016), (página 172).

<sup>130</sup> OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, *‘Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances’*, Action 6: 2015 Final Report, disponível em: <http://www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm> (página 37 e seguintes).

<sup>131</sup> Vide *‘Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting’*, de 24 de Novembro de 2016, versão em inglês, (página 11 e seguintes).

Estabelecimento Estável não se prossegue uma atividade comercial não parece compaginar-se com o combate aos esquemas (apenas) puramente artificiais.

O *Derivative Benefits test* que surge no parágrafo quarto da regra de limitação de benefícios prevista na Ação 6 do Plano BEPS<sup>132</sup>, e que também se prevê na cláusula de limitação de benefícios da Convenção Multilateral<sup>133</sup>, vem permitir que certas entidades detidas por residentes de outros Estados possam aceder aos benefícios que esses residentes obteriam se tivessem investido diretamente. Desta forma, tais entidades são tratadas de forma distinta, consoante a residência dos seus beneficiários. Ora, tal tratamento configura também uma restrição à liberdade de estabelecimento. Ainda que este teste venha, de certa forma, minorar os efeitos restritivos do “*ownership test*”, não deixa de impor restrições às liberdades do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia<sup>134</sup>.

### 3. A LIVRE CIRCULAÇÃO DE CAPITAIS

A livre circulação de capitais está expressamente prevista no artigo 63.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. É a única liberdade prevista no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia com aplicação fora da União Europeia, em relação a terceiros Estados<sup>135</sup>. Não só se proíbem as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros, como também se proíbem as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e terceiros Estados<sup>136</sup>.

---

<sup>132</sup> OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, ‘*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*’, Action 6: 2015 Final Report, disponível em: <http://www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm> (página 42 e seguintes).

<sup>133</sup> Vide ‘*Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*’, de 24 de Novembro de 2016, versão em inglês, (página 11 e seguintes).

<sup>134</sup> Jacques Mallerbe and Olivier Delattre, *Compatibility of the Limitation on Benefits Provisions with EC Law*, European Taxation, January (1996), (páginas 12-20), (página 20).

<sup>135</sup> Sobre a sua maior amplitude, relativamente às demais liberdades fundamentais, leia-se Ana Paula Dourado, *Lições de Direito Fiscal Europeu, Tributação Directa*, Coimbra Editora (2010), (páginas 93-126);

Paula Vaz Freire, *Mercado Interno e União Económica e Monetária – Lições de Direito Económico da União Europeia*, AAFDL (2013), (páginas 241 e 242);

Pasquale Pistone, *The Impact of European Law on the Relations With Third Countries in the Field of Direct Taxation*, INTERTAX, Volume 34, Issue 5, (2006), (páginas 234-244).

<sup>136</sup> Ben J. M. Terra & Peter J. Wattel, *European Tax Law*, Sixth Edition, Kluwer Law International (2012), (página 51).

Ora, assumindo-se que da aplicação de uma regra de limitação de benefícios poderá resultar uma violação das duas liberdades (de estabelecimento e de circulação de capitais), importará considerar-se o critério da influência certa para um caso de sobreposição de liberdades<sup>137</sup>.

### 3.1. ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE DOS “TESTES”

Alguns dos testes analisados *supra*, colocam em causa também a livre circulação de capitais. É o caso, desde logo, do *Stock Exchange Test* que vem limitar a escolha pela bolsa de valores onde registar as ações de uma empresa.

Também o *Ownership Test* restringe a livre circulação de capitais, na medida em que os investidores têm de ser residentes no mesmo Estado que a entidade que pretende aceder aos benefícios de uma Convenção. Desta forma, a entidade vê o seu potencial de investimentos limitado a investidores residentes. O mesmo se dirá do *Base Erosion Test* e do *Derivative Benefits Test*.

## 4. A LIVRE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Nos artigos 56.º a 62.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, está prevista a livre prestação de serviços, proibindo-se as restrições a essa liberdade gozada por nacionais da União Europeia, quando estabelecidos num Estado-Membro que não seja o do destinatário da prestação de serviços. A esta liberdade subjaz um princípio de não discriminação, à luz do artigo 18.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, estabelecendo-se que o prestador de

---

<sup>137</sup> Confronte-se, a propósito do critério da influência certa Ana Paula Dourado, *Lições de Direito Fiscal Europeu, Tributação Directa*, Coimbra Editora (2010), (páginas 106-110). No caso *Baars*, o critério da influência certa surge bem delimitado: C-251/98 de 13 de abril de 2000;

Para uma análise crítica da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia relativamente à sobreposição entre a liberdade de estabelecimento e a livre circulação de capitais e à sua aplicação quando em causa estão países terceiros, Vide Ana Paula Dourado, *The EU Free Movement of Capital and Third Countries: Recent Developments*, INTERTAX, Volume 45, Issue 3, (2017), (páginas 192-204).

serviços deverá estar sujeito às mesmas condições que o Estado-Membro onde atua impõe aos seus nacionais<sup>138</sup>.

Ora, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia nesta matéria prevê que o facto de se impor aos prestadores de serviços de outro Estado-Membro, a obrigação de terem um estabelecimento no Estado de acolhimento, constitui uma restrição à livre prestação de serviços<sup>139</sup>. Importa, contudo, notar que as restrições a esta liberdade podem ser justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública. Ademais, poderão justificar-se por razões imperiosas de interesse geral que, à luz do n.º 8 do artigo 4.º da Diretiva Serviços<sup>140</sup>, são «razões reconhecidas como tal pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente pelos seguintes motivos: ordem pública; segurança pública e segurança das pessoas; saúde pública; preservação do equilíbrio financeiro do regime de segurança social; defesa dos consumidores, dos destinatários dos serviços e dos trabalhadores; lealdade das transacções comerciais; combate à fraude; protecção do ambiente e do ambiente urbano; saúde animal; propriedade intelectual; conservação do património histórico e artístico nacional; objectivos de política social e de política cultural».

#### **4.1. ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE DOS “TESTES”**

Da aplicação do *Base Erosion Test* e do *Active Conduct of a Business test*, poderão resultar restrições à livre prestação de serviços.

O teste da erosão das bases limita de forma clara o recurso, por parte de uma entidade que pretenda aceder aos benefícios de uma convenção, aos serviços prestados a partir de residentes noutros Estados-Membros.

O teste da atividade limita a livre prestação de serviços ao assumir, *a priori*, que as atividades de administração e de operacionalidade não são suficientes para se considerarem parte de uma atividade negocial. Na esteira de FILIP DEBELVA, DINA SCORNOS, JAN VAN DEN BERGHEN

---

<sup>138</sup> Paula Vaz Freire, *Mercado Interno e União Económica e Monetária – Lições de Direito Económico da União Europeia*, AAFDL (2013), (páginas 199 e seguintes).

<sup>139</sup> C-279/00, *Comissão/Itália*, de 7 de fevereiro de 2002.

<sup>140</sup> Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2006 relativa aos serviços no mercado interno.

e PIETER VAN BRABAND, da aplicação deste teste não resulta, claramente, apenas o combate aos esquemas puramente artificiais<sup>141</sup>.

## 5. A JUSTIFICAÇÃO E O TESTE DA PROPORCIONALIDADE PERANTE REGRAS DISCRIMINATÓRIAS

Sem prejuízo de se dedicar um capítulo autónomo, e em maior pormenor, aos desenvolvimentos do Tribunal de Justiça da União Europeia em matéria de tributação direta e das convenções para evitar a dupla tributação, não podemos deixar de referenciar, como aliás já o fizemos *supra*, o entendimento daquele Tribunal para aferir da justificação e proporcionalidade das cláusulas (discriminatórias ou restritivas) de limitação de benefícios<sup>142</sup>.

Resulta claro do caso *Gilly*<sup>143</sup> que os Estados podem celebrar convenções para evitar a dupla tributação. E, dos casos *Open Skies*<sup>144</sup>, depreende-se que o Direito da União Europeia se aplica sempre, ainda que as convenções de dupla tributação hajam sido ou venham a ser celebradas com Estados terceiros. Nestes últimos casos, estava em causa o acesso a determinadas rotas e a concessão de direitos de tráfego e perguntava-se se os acordos envolvidos violariam as liberdades fundamentais, dada a restrição que deles resultava, relativamente ao acesso dos nacionais de outros Estados-Membros aos benefícios decorrentes do Tratado. Nestes casos, onde se previam cláusulas de nacionalidade, entenderam-se os acordos discriminatórios, ao contrário do que se decidiu em *ACT*<sup>145</sup>, uma vez que estes acordos não implicam a partilha de soberania fiscal<sup>146</sup>. Em concreto, num dos casos *Open Skies*, o caso C-466/98<sup>147</sup>, a Comissão Europeia, contra o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, pretendia obter a declaração de que este último não cumpriu as obrigações que lhe incumbiam nos termos do artigo 43.º do Tratado da Comunidade Europeia (o correspondente artigo 49.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) por ter celebrado e aplicado um acordo sobre serviços aéreos com os Estados Unidos da América que previa a revogação, a suspensão ou a limitação dos direitos de tráfego caso as transportadoras

---

<sup>141</sup> Filip Debelva, Dina Scornos, Jan Van den Berghen & Pieter Van Braband, *LOB Clauses and EU-Law Compatibility: A Debate Revived by BEPS?*, EC TAX REVIEW, (2015/3), (páginas 132-143).

<sup>142</sup> Sobre o papel desempenhado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia na garantia da mobilidade fiscal, *Vide*: Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*, Almedina (2017), (página 202 e seguintes).

<sup>143</sup> C-336/96, *Gilly*, de 12 de maio de 1998.

<sup>144</sup> C-467/98, *Open Skies*, de 5 de novembro de 2002.

<sup>145</sup> C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, de 12 de dezembro de 2006.

<sup>146</sup> Ana Paula Dourado, *Lições de Direito Fiscal Europeu, Tributação Directa*, Coimbra Editora (2010), (páginas 138-154).

<sup>147</sup> C-466/98, *Comissão vs. Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte*, de 5 de novembro de 2002.

aéreas designadas pelo Reino Unido não fossem detidas por esse país ou por nacionais desse, nos termos do artigo 5.º do acordo Bermuda II celebrado entre o Reino Unido e os Estados Unidos da América. O Tribunal concluiu pelo não cumprimento, por parte do Reino Unido, do artigo 43.º do Tratado da Comunidade Europeia *sub judice*.

Aquando da análise da compatibilidade de regras de limitação de benefícios com o Direito da União Europeia, importa, assim, trazer à colação os casos *Open Skies*<sup>148</sup>, uma vez que as cláusulas de nacionalidade, que nestes casos se analisam, funcionam da mesma forma que o *ownership test* inserido numa regra de limitação de benefícios, resultando numa limitação do âmbito da convenção bilateral aos residentes dos Estados Contratantes, impedindo que pessoas controladas a partir de outro país tivessem acesso aos benefícios decorrentes da convenção que, sem essa limitação, se lhes aplicaria. A diferença reside precisamente no facto de, ao invés de incidir sobre a nacionalidade, a regra de limitação de benefícios incide sobre a residência<sup>149</sup>.

Temos, assim, uma regra de limitação de benefícios que o Tribunal de Justiça da União Europeia aprova no caso *ACT*<sup>150</sup>, não seguindo a sua posição anteriormente exarada nos casos *Open Skies*<sup>151</sup>. Diferentemente das cláusulas que se reconduzem à residência e que podem demonstrar-se compatíveis com o Direito da União Europeia<sup>152</sup>, as cláusulas *sub judice* nos casos *Open Skies*, que se reconduzem à nacionalidade, revelam incompatibilidades com o Direito da União Europeia uma vez que entram em conflito direto com o princípio do tratamento do nacional.

Em *ACT*<sup>153</sup>, o Tribunal de Justiça da União Europeia fundamentou a sua decisão no facto de os tratados ou acordos fiscais serem negociados bilateralmente, assentes numa base de

---

<sup>148</sup> C-467/98, *Open Skies*, de 5 de novembro de 2002.

<sup>149</sup> Filip Debelva, Dina Scornos, Jan Van den Berghen & Pieter Van Braband, *LOB Clauses and EU-Law Compatibility: A Debate Revived by BEPS?*, EC TAX REVIEW, 2015/3, (páginas 132-143); Georg W. Kofler, *European Taxation Under an 'Open Sky': LoB Clauses in Tax Treaties Between the U.S. and EU Member States*, Tax Notes International, July, 5, (2004), (páginas 45-89); Patrick Plansky e Hermann Schneeweiss, *Limitation on Benefits: From the US Model 2006 to the Act Group Litigation*, INTERTAX, Volume 35, Issue 8/9, (2007), (páginas 484-493).

<sup>150</sup> C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, de 12 de dezembro de 2006.

<sup>151</sup> C-467/98, *Open Skies*, de 5 de novembro de 2002.

<sup>152</sup> Note-se que, em *ACT*, o Tribunal de Justiça da União Europeia nem sequer mencionou os casos *Open Skies*. Vide Stephen Giggell, *The Taxation of outbound dividends in the EC: Has AG Geelhoed got it right?*, The EC Tax Journal, Volume 9, Issue 1, (2007), (páginas 11-22), (página 22).

Uma possível explicação para tal pode residir precisamente no facto de se tratarem de decisões que assentaram em pressupostos diferentes, nacionalidade e residência. Neste sentido, veja-se Maria Borg Scicluna, *An analysis of the limitation on benefits clause in the new us-malta double taxation agreement*, The EC Tax Journal, Volume 12, (2011-12), (páginas 211-247), (página 245).

<sup>153</sup> C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, de 12 de dezembro de 2006.



reciprocidade. Seguindo o seu entendimento exarado no caso *D.*<sup>154</sup>, decidiu que não havia incompatibilidade com a liberdade de estabelecimento e com a livre circulação de capitais, recusando a imposição, por parte do Direito da União Europeia, de uma cláusula incondicional da nação mais favorecida aos Estados-Membros.

Seguimos de perto o entendimento de PASQUALE PISTONE, na medida em que entende que no caso *D.*, estando em questão a aplicação da cláusula da nação mais favorecida, tratava-se de uma situação em que um contribuinte não estaria sequer apto a beneficiar da aplicação de uma convenção porque não era residente, sendo a sua pretensão, desde logo, aceder à convenção pela aplicação da cláusula da nação mais favorecida. Assim, o recurso ao caso *D.* para fundamentar o caso *ACT* poderá ter sido, no mínimo, precipitado<sup>155</sup>. Além dos argumentos usados pelo Tribunal não terem sido esclarecedores, tal como bem nota ANA PAULA DOURADO, nem sequer se analisou a natureza das regras de limitação de benefícios como “*entitlement rules*”, “*allocation of taxing rights rules*” ou “*anti-abuse rules*”, o que seria importante averiguar dado que, a entendê-las como regras antiabuso, elas não deveriam assentar em presunções inilidíveis. Se fossem entendidas somente no contexto das convenções de dupla tributação, por força da repartição equilibrada de competências de tributação entre os Estados, os benefícios não poderiam ser destacáveis<sup>156</sup>.

Enquanto PASQUALE PISTONE<sup>157</sup> se refere aos casos *Open Skies* como *non-tax-case-law* que podem solucionar problemas na análise da compatibilidade com as liberdades fundamentais, discordando da opinião do Advogado-Geral Geelhoed a propósito do *ACT*, TOM O’SHEA concorda com a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia naquele caso, por entender que as situações a tratar eram diferentes. De acordo com TOM O’SHEA, o entendimento do Tribunal de

---

<sup>154</sup> C-376/03, *D.*, de 5 de julho de 2005.

<sup>155</sup> Pasquale Pistone, *The Impact of European Law on the Relations with Third Countries in the Field of Direct Taxation*, INTERTAX, Volume 34, Issue 5, (2006), (páginas 234-244), (página 239).

<sup>156</sup> Veja-se, a este propósito, Klaus Vogel, Daniel Gutmann, Ana Paula Dourado, *Tax Treaties between Member States and Third States: ‘reciprocity’ in bilateral tax treaties and non-discrimination in EC Law*, EC Tax Review, (2006-2), (páginas 83-94).

Ana Paula Dourado, *Lições de Direito Fiscal Europeu, Tributação Directa*, Coimbra Editora (2010), (página 138-154);

Ana Paula Dourado, *Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6*, INTERTAX, Volume 43, Issue 1, (2015), (páginas 42-57).

<sup>157</sup> Pasquale Pistone, *The Impact of European Law on the Relations with Third Countries in the Field of Direct Taxation*, INTERTAX, Volume 34, Issue 5, (2006), (páginas 234-244), (página 238 e seguintes).

Justiça da União Europeia no caso *ACT* revelou conhecimentos dos factos e domínio em matéria fiscal<sup>158</sup>.

De acordo com o entendimento exarado por FILIP DEBELVA, DINA SCORNOS, JAN VAN DEN BERGHEN e PIETER VAN BRABAND<sup>159</sup>, entendemos importante questionar a análise do caso *ACT* suportada na decisão exarada no caso *D.*, pois não se tratava de aplicar uma cláusula da nação mais favorecida. Sobre a cláusula da nação mais favorecida e sobre as regras de limitação de benefícios, fala-nos ANITZA ZESTER<sup>160</sup>, no sentido de que se trata de dois tipos de cláusulas cujos objetivos são opostos. Com efeito, enquanto as regras de limitação de benefícios pretendem manter os poderes de tributação de um Estado, a cláusula da nação mais favorecida diminui o âmbito desses mesmos poderes, favorecendo o contribuinte. Ademais, enquanto as cláusulas de limitação de benefícios se inserem num contexto de ‘*give and take*’ inerente às convenções, a cláusula da nação mais favorecida destrói precisamente esse equilíbrio e reciprocidade.

Entendemos, por isso, que perante a análise da compatibilidade de uma regra de limitação de benefícios, o percurso analítico a fazer deverá assentar, em primeiro lugar, na assunção de que aquela configura uma discriminação ou restrição às liberdades fundamentais do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, indagando-se da sua possível justificação se prosseguir um objetivo legítimo e compatível com o Tratado da União Europeia por razões imperiosas de interesse geral. A regra de limitação de benefícios deverá, ainda, ser adequada a alcançar o objetivo visado sem que, para isso, se ultrapasse o necessário (sujeitando-se ao teste da proporcionalidade)<sup>161</sup>.

Estando demonstrado, de um modo geral e abstrato, que as regras de limitação de benefícios são discriminatórias ou restritivas, estas são, normalmente, pensadas para prevenir o fenómeno do ‘*treaty shopping*’, podendo encontrar justificação no objetivo que visam. A jurisprudência desenvolvida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia elucida-nos nesse sentido,

---

<sup>158</sup> Tom O’Shea, *Limitation on Benefit (LOB) clauses and the EU part II*, International Tax Report, November, (2008), (páginas 1-8).

<sup>159</sup> Filip Debelva, Dina Scornos, Jan Van den Berghen & Pieter Van Braband, *LOB Clauses and EU-Law Compatibility: A Debate Revived by BEPS?*, EC TAX REVIEW, (2015/3), (páginas 132-143).

<sup>160</sup> Anitza Zester, *Can the Most-Favoured Nation Principle Influence the Use of Limitation on Benefits Clauses in Tax Treaties?*, INTERTAX, Volume 34, Issue 3, (2006), (páginas 143-150), (página 143).

<sup>161</sup> Vanessa E. Englmair, *The Relevance of the Fundamental Freedoms for Direct Taxation*, in *Introduction to European Tax Law: Direct Taxation* Third Edition, Editors: Michael Lang, Pasquale Pistone, Josef Schuch, Claus Staringer, Spiramus (2013), (páginas 43-92), (página 88).

na medida em que se estatui que a prevenção da *tax evasion* ou *tax avoidance* constitui um objetivo legítimo de interesse geral capaz de justificar uma restrição ao exercício das liberdades fundamentais à luz do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia<sup>162</sup>.

Apesar de, em muitos casos, ser aceite como justificação o combate ou prevenção da *tax evasion* ou *tax avoidance*, as medidas têm de ser adequadas e proporcionais e, quanto a estes dois quesitos – adequação e proporcionalidade –, a experiência do Tribunal de Justiça da União Europeia serve de exemplo e de orientação. É entendimento daquele douto Tribunal que causar obstáculos às liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado apenas se poderá justificar pelo combate à elisão se a legislação, *in casu*, for especificamente pensada para combater esquemas puramente artificiais, através dos quais se pretende contornar a lei, para que se consiga uma vantagem fiscal<sup>163</sup>.

No caso *Centros*<sup>164</sup>, o Tribunal de Justiça da União Europeia referiu que os órgãos jurisdicionais nacionais podiam, caso a caso, baseando-se em elementos objetivos, ter em conta o comportamento abusivo ou fraudulento das pessoas interessadas para lhes recusarem, caso necessário, o benefício das disposições de direito comunitário invocadas, devendo da mesma maneira, na apreciação de tal comportamento, ter em conta os objetivos prosseguidos pelas disposições comunitárias em causa.

Em *Cadbury Schweppes*<sup>165</sup>, veio o Tribunal de Justiça da União Europeia pronunciar-se no sentido de que para se aferir o objetivo essencial de determinadas transações, designadamente para se decidir se o objetivo foi o de obter uma vantagem fiscal, contrariamente ao objetivo da norma, deverão ser consideradas as circunstâncias objetivas, sem que se entre no campo da subjetividade, indagando-se das intenções das partes, dada a dificuldade de se fazer disso prova e dada a incerteza que tal juízo implicaria. Resulta do exposto que as regras de limitação de benefícios não deveriam

---

<sup>162</sup> Georg W. Kofler, *European Taxation Under an 'Open Sky': LoB Clauses in Tax Treaties Between the U.S. and EU Member States*, Tax Notes International, July, 5, (2004) (páginas 45-89); Lina Hansson, *The Compatibility of Limitation on Benefits provisions in Tax Treaties with EC Law* – a Master Thesis, Faculty of Law University of Lund, (2006), (páginas 48 e seguintes).

<sup>163</sup> C-264/96, *ICI*, de 16 de julho de 1998 (§26); C-324/00, *Lankhorst Hóhorst*, de 12 de dezembro de 2002 (§37).

<sup>164</sup> C-212/97, *Centros*, de 9 de março de 1999 (§25).

<sup>165</sup> C-196/04, *Cadbury Schweppes*, de 12 de setembro de 2006; C-255/02, *Halifax*, de 21 de fevereiro de 2006.

deixar margem de apreciação às autoridades competentes, como acontece com a *discretionary relief clause*.

Enquanto antes do *Marks & Spencer*<sup>166</sup> o Tribunal de Justiça da União Europeia entendia o *treaty shopping* legítimo no sentido de não ser abusivo, pois que o contribuinte, à luz da sua liberdade fundamental garantida pelo Tratado, podia aproveitar-se de normas mais vantajosas permitidas por outros Estados-Membros, enquanto consequência natural dos princípios do mercado único, contanto que não se tratassem de esquemas puramente artificiais, depois do *Marks & Spencer* o mesmo Tribunal passa a aceitar o mero risco de elisão fiscal como justificação<sup>167</sup>.

No caso *SGL*, o Tribunal de Justiça da União Europeia vem afirmar que os Estados-Membros devem ter regras antiabuso especificamente configuradas para combater a elisão fiscal, esquemas puramente artificiais ou *wolly artificial arrangements*. Neste caso, a necessidade de combater o risco de elisão surge como justificação. No entanto, independentemente de tais regras antiabuso serem ou não configuradas para combater a elisão fiscal, elas podem ainda ser justificadas pela necessidade de combater a elisão fiscal e, concomitantemente, pela necessidade de assegurar a repartição equilibrada de poderes de tributação entre os Estados-Membros.

É comum dizer-se que as regras de limitação de benefícios são consideradas como medidas desproporcionais, por irem além do necessário para atingir os objetivos que prosseguem. Tal como afirma PASQUALE PISTONE, «[i]n most cases such clauses represent a disproportionate anti-abuse measure, as they exceed the extent that is strictly required for the purpose of countering treaty abuse to the detriment of fundamental freedoms<sup>168</sup>». Além de serem maioritariamente constituídas por vários testes que não deixam espaço aberto para uma avaliação do caso concreto, incluem também cláusulas subjetivas que, apesar de atenuarem os efeitos discriminatórios ou restritivos emergentes da aplicação de tais regras, acabam por trazer incerteza e imprevisibilidade à sua aplicação. Quanto a isto, e à luz do princípio da segurança jurídica que é, também, um princípio de Direito da União Europeia, não se olvide que as liberdades fundamentais não devem ficar

---

<sup>166</sup> C-446/03, *Marks & Spencer*, de 13 de dezembro de 2005.

<sup>167</sup> Klaus Vogel, Daniel Gutmann, Ana Paula Dourado, *Tax Treaties between Member States and Third States: 'reciprocity' in bilateral tax treaties and non-discrimination in EC Law*, EC Tax Review, (2006-2), (páginas 83-94).

<sup>168</sup> Pasquale Pistone, *The Impact of Community Law on Tax Treaties*, Kluwer Law International, (2002), (página 91).

dependentes da discricionariedade das autoridades fiscais que podem permitir ou não o acesso aos benefícios de uma convenção.

A aferição da proporcionalidade de uma cláusula passa pela avaliação da idoneidade da medida nacional face ao objetivo que visa prosseguir, e pela averiguação da necessidade de tal medida para aquele fim. Havendo outras medidas capazes de atingir o objetivo de interesse nacional visado, e menos restritivas, significa que aquela outra medida não se revela necessária sendo, por isso mesmo, desproporcional. Foi o que se verificou no caso *Marks & Spencer*, no qual, apesar de a medida *sub judice* prosseguir o interesse público, em conformidade com o Direito da União Europeia, e de ser idónea à prossecução do seu fim, tal medida não se revelou necessária e, por isso, não cumpria o requisito da proporcionalidade<sup>169</sup>.

Do que até então se expôs, e com as devidas ressalvas, parece resultar claro que, olhando à jurisprudência até então assente nesta matéria, as regras de limitação de benefícios não se consideram, *a priori*, incompatíveis com o Direito da União Europeia<sup>170</sup>. Enquanto regras específicas antiabuso, a sua compatibilidade com as liberdades fundamentais consagradas no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, está dependente da análise casuística a ser levada a cabo pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Não obstante o acima exposto, a Comissão Europeia andou em sentido divergente, quando em 2015, na sequência da análise que fez de uma regra de limitação de benefícios inserida numa convenção de dupla tributação celebrada entre o Japão e os Países Baixos, ignorando a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *ACT*, solicitou que estes últimos, enquanto Estado-Membro da União Europeia que devem respeito pelo Direito da União Europeia e das liberdades fundamentais nele consagradas, alterassem a convenção *sub judice*, uma vez que não podiam permitir que se conferisse um tratamento diferenciado às empresas detidas por acionistas residentes nos Países Baixos, penalizando aquelas cujos acionistas residiam noutros Estados-Membros ou Estados do Espaço Económico Europeu. Ademais, entendeu a Comissão que os Países Baixos não podiam permitir que as empresas registadas numa bolsa de valores nos Países Baixos fossem beneficiadas, em detrimento daquelas que estivessem registadas numa qualquer

---

<sup>169</sup> C-446/03, *Marks & Spencer*, de 13 de dezembro de 2005 (§55-59).

<sup>170</sup> Ana Paula Dourado, *Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6*, INTERTAX, Volume 43, Issue 1, (2015), (páginas 42-57).

outra bolsa de valores<sup>171</sup>. Na verdade, aqui podemos ver alguns dos problemas de ‘compatibilidade’ que identificámos *supra*<sup>172</sup>, embora não seja, também, de se olvidar as considerações feitas acerca da justificação, adequação e proporcionalidade das cláusulas de limitação de benefícios.

---

<sup>171</sup> Vide “Taxation: Commission asks the NETHERLANDS to amend the Limitation on Benefits clause in the Dutch-Japanese Tax Treaty for the Avoidance of Double Taxation” disponível em [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-15-6006\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-6006_en.htm).

Acerca da compatibilidade da cláusula de limitação de benefícios com o Direito da União Europeia, leia-se Tom O’Shea, *Limitation on Benefits Clauses and EU Law: Examining the Japan-Netherlands LOB*, Tax Notes International, April 18, (2016), (páginas 289-304).

<sup>172</sup> Vide os pontos 2.1. e 3.1. abordados *supra*: *Análise da compatibilidade dos “testes”*.

## V. JURISPRUDÊNCIA RELEVANTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Por se entenderem as cláusulas de limitação de benefícios como cláusulas específicas antiabuso, o juízo do Tribunal de Justiça da União Europeia quanto à compatibilidade de tais cláusulas com as liberdades fundamentais do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia é indispensável.

Ainda que sejam poucos os casos em que aquele douto Tribunal se tenha pronunciado em concreto sobre uma regra de limitação de benefícios ou regras de semelhante estrutura e aplicação<sup>173</sup>, a jurisprudência firmada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, os argumentos invocados pelos Estados e o entendimento preconizado pelos Advogados-Gerais são importantes instrumentos de auxílio na tarefa de avaliar a compatibilidade destas cláusulas com o Direito da União Europeia<sup>174</sup>.

Uma vez traçado o percurso jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia nesta matéria, importará analisar, face aos recentes desenvolvimentos despoletados pelo plano de acção BEPS a fim de combater a erosão das bases tributáveis e a transferência de lucros, em concreto a aprovação da Diretiva antielisão e a aprovação da Convenção Multilateral, um possível caminho ou orientação daquele órgão quando este se vier a deparar com novas regras de limitação de benefícios, melhoradas e reforçadas e, como já vimos *supra*, suscetíveis de restringir a liberdade de estabelecimento, a livre circulação de capitais e a livre prestação de serviços.

### 1. OS ARGUMENTOS INVOCADOS PELOS ESTADOS

#### *O Caso Futura*

No caso *Futura*, o litígio opunha a Futura Participations SA, com sede em Paris e com uma sucursal no Luxemburgo, a Singer, à administração das contribuições do Luxemburgo, sobre a

---

<sup>173</sup> Destacamos, aqui, o caso *ACT*, no qual o Tribunal de Justiça da União Europeia considerou uma cláusula de limitação de benefícios compatível com o Direito da União Europeia.

<sup>174</sup> Pretende-se, com esta análise, averiguar um possível caminho para a compatibilidade das cláusulas de limitação de benefícios com o Direito da União Europeia. Não pretendemos ajuizar sobre o mérito das decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia. Para tal, confronte-se a cuidada análise crítica de Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*, Almedina (2017), (página 202 e seguintes);

*Vide*, também, Ana Paula Dourado, *Do caso Saint-Gobain ao caso Metallgesellschaft: o âmbito do princípio da não-discriminação do estabelecimento estável no Tratado da Comunidade Europeia e a cláusula da nação mais-favorecida*, in *Planeamento e Concorrência fiscal internacional*, Fisco, (2003), (páginas 91-117).

determinação da matéria coletável do imposto sobre rendimentos a pagar pela Singer relativamente ao ano 1986. Em causa, no caso concreto, estava averiguar se a liberdade de estabelecimento estaria ou não a ser desrespeitada, na medida em que, de acordo com a convenção de dupla tributação que havia sido celebrada entre a França e o Luxemburgo bem como a própria lei luxemburguesa, sujeitavam a aplicação das disposições referentes ao transporte de perdas, aos contribuintes não residentes com um estabelecimento estável no Luxemburgo, à condição dessas perdas se relacionarem com rendimentos nesse país e de a contabilidade ser efetuada regularmente e conservada no mesmo país.

Em suma, questionou-se, a título prejudicial, se a liberdade de estabelecimento, tal como prevista no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, se opunha a que um Estado-Membro só viesse permitir a transferência de perdas anteriores, quando solicitada por um contribuinte com uma sucursal nesse Estado sem aí residir, verificadas duas condições: i) existência de um nexo económico – as perdas estão relacionadas, em termos económicos, com os rendimentos realizados pelo contribuinte nesse Estado; ii) existência de uma contabilidade – durante o exercício em que se verificaram as perdas, o contribuinte tem de ter efetuado e conservado, nesse Estado, uma contabilidade em conformidade com as regras nacionais previstas, relativamente às atividades aí desenvolvidas.

Ora, no caso em apreço, alude-se à jurisprudência constante e firmada no pressuposto de que a fiscalidade ou a tributação direta é da competência dos Estados-Membros, Estados esses que devem, contudo, «*abster-se de qualquer discriminação ostensiva ou dissimulada em razão da nacionalidade*<sup>175</sup>». A relevância deste ponto, no que respeita ao requisito do nexo económico, assenta na ideia de que o facto de se estabelecerem regras diferentes para os contribuintes não residentes e para os contribuintes residentes não significa que não se esteja em conformidade com o Princípio da territorialidade, não se considerando uma discriminação proibida pelo Tratado. Contudo, no que respeita à segunda condição, relativamente à exigência de haver uma contabilidade regular no Luxemburgo enquanto Estado onde se situa a sucursal, o Tribunal de Justiça da União Europeia vem referir que estar-se-á, em princípio, perante uma imposição proibida pela liberdade de estabelecimento que no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia se consagra, a menos que seja justificada por razões imperiosas de interesse geral. E,

---

<sup>175</sup> C-250/95, *Futura*, de 15 de maio de 1997 (§19).



nesse caso, justificando-se por razões imperiosas de interesse geral, teria ainda que ser uma medida adequada ao objetivo que pretendia prosseguir e não poderia ultrapassar o necessário para atingir esse objetivo<sup>176</sup>. É em resposta a este último ponto que surgem os argumentos dos Estados e da própria Comissão.

Os governos do Luxemburgo e do Reino Unido vieram, aos autos, sustentar que a segunda condição seria indispensável para que o montante dos rendimentos tributáveis num Estado-Membro pudessem ser devidamente monitorizados. Ademais, o governo do Luxemburgo alegou que essa condição se justificaria pela necessidade de se garantir que as perdas resultariam efetivamente das atividades desenvolvidas no Luxemburgo, pelo contribuinte, e que o montante das mesmas corresponderia ao montante efetivamente suportado por aquele. Adicionalmente, essa exigência permitiria, conforme alegado pelo Governo do Luxemburgo, que as autoridades fiscais desse Estado pudessem, quando bem o entendessem, levar a cabo uma inspeção aos documentos contabilísticos.

Ora, a indispensabilidade daquela condição (existência de uma contabilidade regular), aparece questionada pela Comissão que, no fundo, veio defender que seria sempre possível aceder à contabilidade mantida pelo contribuinte não residente na sua sede, em França, e que as autoridades fiscais do Luxemburgo poderiam fazer-se valer da Diretiva relativa à assistência mútua das autoridades competentes dos Estados-Membros no domínio dos impostos diretos<sup>177</sup>.

### ***O Caso ICI***

No caso *ICI*, a Imperial Chemical Industries plc (ou ICI), com sede no Reino Unido, estava contra a administração fiscal britânica em virtude de esta última não lhe ter permitido proceder a uma dedução fiscal tendo em conta as perdas comerciais suportadas, no âmbito de um consórcio, por uma filial da sociedade *holding* que a ICI detinha. A recusa dessa dedução, por parte da administração fiscal do Reino Unido, fundamentou-se no facto de a sociedade *holding* detida pela ICI não constituir uma sociedade *holding*, de acordo com a legislação aplicável, uma vez que esta exigia que a atividade de uma sociedade *holding* consistisse, no todo ou a título principal, na detenção de participações de sociedades com sede no Reino Unido.

---

<sup>176</sup> C-250/95, *Futura*, de 15 de maio de 1997 (§26).

<sup>177</sup> Diretiva 77/799/CEE do Conselho, de 19 de dezembro de 1977.

Assim, perante uma situação em que uma sociedade – que tem sede num Estado-Membro da União Europeia; que faz parte de um consórcio com outra sociedade que tem, igualmente, sede nesse Estado-Membro; ambas as sociedades detêm, em conjunto, uma sociedade *holding* que tem, por sua vez, sede naquele mesmo Estado-Membro; essa sociedade *holding* tem um certo número de sociedades comerciais ou industriais subsidiárias, com sede nesse Estado-Membro, noutros Estados-Membros e noutros territórios – não pode reivindicar a dedução do seu imposto sobre as sociedades, com referência aos prejuízos suportados por uma sociedade comercial ou industrial subsidiária, com sede nesse mesmo Estado-Membro, da sociedade *holding*, uma vez que a legislação nacional exige que as atividades prosseguidas por uma sociedade *holding* consistam, no todo ou principalmente, na detenção de ações de sociedades subsidiárias com sede nesse Estado-Membro, veio questionar-se, a título prejudicial, se essa condição constituiria uma restrição à liberdade de estabelecimento e se seria justificado esse tratamento, à luz do Direito da União Europeia.

Em suma, o que competia ao Tribunal de Justiça da União Europeia aferir era se o artigo onde se prevê a liberdade de estabelecimento se opunha a uma legislação de um Estado-Membro nos termos da qual, relativamente às sociedades com sede nesse Estado-Membro e que fossem parte num consórcio através do qual detivessem uma sociedade *holding*, se permitia uma dedução fiscal apenas nos casos em que a atividade dessa sociedade *holding* consistisse total ou maioritariamente na detenção de ações de filiais com sede nesse Estado-Membro<sup>178</sup>.

O tratamento diferenciado ou discriminatório emergente da aplicação de tal condição, residia, pois, no facto de as sociedades *holding* com filiais com sede no Reino Unido serem beneficiadas, ao passo que às sociedades *holding* com filiais cujas sedes eram, em grande parte, fora daquele Estado-Membro, não se atribuiria tal dedução. Cumpria, nesta sede, averiguar se tal tratamento se justificaria<sup>179</sup>.

O governo do Reino Unido sustentou que não se estaria perante situações comparáveis quando, *in casu*, se tratava de sociedades com sede no Reino Unido e de sociedades sem sede nesse mesmo Estado. Como justificação, indicou o risco de evasão fiscal, no sentido de que aquela legislação pretendia evitar que a criação de filiais fora do Reino Unido fosse motivada para impedir

---

<sup>178</sup> C-264/96, *ICI*, de 16 de julho de 1998 (§13).

<sup>179</sup> C-264/96, *ICI*, de 16 de julho de 1998 (§23).

a tributação dos lucros naquele Estado-Membro; e o facto de se evitar uma redução das receitas, na medida em que, relativamente às filiais sem sede no Reino Unido, as autoridades fiscais desse Estado-Membro não podiam compensar a concessão do benefício da dedução dos prejuízos das filiais com a tributação dos lucros auferidos fora desse Estado-Membro<sup>180</sup>.

### ***O Caso Centros***

No caso *Centros*, o litígio opunha a sociedade Centros Ltd com sede no Reino Unido, à direção-geral do comércio e das sociedades (dependente do Ministério do Comércio dinamarquês), uma vez que esta última veio impedir que aquela sociedade registasse uma sua sucursal na Dinamarca. A Centros Ltd tinha sido constituída, no Reino Unido, pelo Sr. e pela Sr.<sup>a</sup> Bryde, que eram nacionais dinamarqueses, cuja sociedade não exercia qualquer atividade. Com a sua constituição, pretendiam exercer uma atividade na Dinamarca, através da sucursal, por forma a evitar que a legislação dinamarquesa prevista para a constituição de sociedades por quotas se lhes aplicasse.

Questionou-se, a título prejudicial, se a liberdade de estabelecimento tal como garantida pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, se opunha a que um Estado-Membro recusasse o registo de uma sucursal de uma sociedade que havia sido constituída tendo em conta a legislação aplicável no Reino Unido e que exerceria a sua atividade a partir da sua sucursal na Dinamarca, evitando assim a constituição de uma sociedade na Dinamarca onde estaria sujeita a regras mais rigorosas para a sua criação, *in casu*, a existência de um capital social mínimo.

O governo dinamarquês sustentou que não seria aplicável, no caso em concreto, a liberdade de estabelecimento, uma vez que entendia tratar-se de uma questão puramente interna da Dinamarca<sup>181</sup>. Ademais, de acordo com as autoridades dinamarquesas, o Sr. e a Sr.<sup>a</sup> Bryde não podiam invocar as disposições europeias, pois a única razão que os motivava era a de se subterfugiarem à aplicação da lei dinamarquesa onde se previa a constituição de sociedades por quotas através da realização de um capital social mínimo. Assim, entendiam aquelas autoridades que a Dinamarca podia impor medidas que impedissem o uso, de forma abusiva, do direito de estabelecimento<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> C-264/96, *ICI*, de 16 de julho de 1998 (§25).

<sup>181</sup> C-212/97, *Centros*, de 9 de março de 1999 (§16).

<sup>182</sup> C-212/97, *Centros*, de 9 de março de 1999 (§23).

O objetivo prosseguido pela legislação dinamarquesa aplicável seria o de proteger os credores públicos contra o risco de os créditos públicos se tornarem incobráveis e o de proteger todos os credores públicos ou privados, prevenindo o risco de falência fraudulenta causada pela capitalização insuficiente *ab initio*. E, quanto a esta dupla finalidade, deixaram claro que não existia forma menos restritiva para a alcançar<sup>183</sup>.

### ***O Caso Saint-Gobain***

No caso *Saint-Gobain*, o litígio opunha a Compagnie de Saint-Gobain, uma sucursal alemã da francesa Saint-Gobain SA, à administração fiscal alemã, por esta se recusar a conceder à Saint-Gobain SA, certos benefícios fiscais relativos à tributação de dividendos provenientes de participações sociais de capitais estrangeiros, entendendo que tais benefícios estariam reservados a sociedades que, ao contrário daquela, estariam, na Alemanha, sujeitas a uma obrigação fiscal ilimitada. A título prejudicial, colocava-se a questão de saber se a liberdade de estabelecimento permitiria que um estabelecimento estável situado na Alemanha e explorado por uma sociedade com sede em França não beneficiasse, nas mesmas condições que as que seriam aplicáveis às sociedades de capitais com sede na Alemanha, das vantagens fiscais previstas.

O privilégio da filiação – que consistia na isenção do imposto sobre as sociedades relativamente aos dividendos recebidos de sociedades estabelecidas em países terceiros, prevista por uma convenção fiscal celebrada com um país terceiro, para evitar a dupla tributação – constituía uma vantagem de redução da carga fiscal que não estava ao alcance dos estabelecimentos estáveis de sociedades não residentes, encontrando-se, assim, numa situação menos favorável do que as sociedades residentes. Quanto a este tratamento, o governo alemão veio sustentar, nos autos, que tal situação não era menos favorável do que a situação de uma filial alemã de uma sociedade não residente que, ainda que beneficiasse de tal vantagem, a carga fiscal que incidia sobre a sociedade não residente era a mesma, independentemente de se tratar de um estabelecimento estável ou de uma filial<sup>184</sup>.

Perante a assunção de que a recusa na concessão de tais benefícios, aos estabelecimentos estáveis de sociedades não residentes, na Alemanha, desincentivava a constituição de sucursais, na Alemanha – já que os benefícios fiscais apenas se aplicariam a filiais alemãs que estivessem

---

<sup>183</sup> C-212/97, *Centros*, de 9 de março de 1999 (§32, 33).

<sup>184</sup> C-307/97, *Saint Gobain*, de 21 de setembro de 1999 (§40).

sujeitas a uma obrigação fiscal ilimitada – estava, dessa forma, a limitar-se o exercício da liberdade de estabelecimento. A propósito da justificação dessa restrição, o governo alemão argumentou que, em tributação direta, as situações de sociedades residentes e de sociedades não residentes não são, em princípio, comparáveis<sup>185</sup>, estando as sociedades residentes sujeitas a uma obrigação fiscal ilimitada. O objetivo de tal recusa, tal como alegou aquele governo, era o de evitar uma redução das receitas causada pela impossibilidade de as autoridades fiscais alemãs compensarem os benefícios concedidos com a tributação dos lucros da sociedade de capitais estrangeira<sup>186</sup>. O governo alemão acrescenta que os estabelecimentos estáveis tinham a vantagem, em relação às filiais residentes, de poderem transferir os lucros para a sociedade não residente que os detinham. No mesmo sentido, o governo português veio referir que os lucros de um estabelecimento estável eram diretamente alocados para a sua sede, sem que estivessem sujeitos a retenção na fonte na Alemanha<sup>187</sup>.

Por fim, veio o governo alemão aduzir que a celebração de convenções bilaterais com países terceiros estava fora da competência da União Europeia, sendo tal matéria reservada à competência dos Estados-Membros e, por isso, alheia ao crivo do Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>188</sup>.

Interessa, também aqui, salientar as alegações do governo sueco, ao apelar para a reciprocidade e equilíbrio inerente às convenções de dupla tributação, alertando para o perigo subjacente ao alargamento de um benefício a sociedades com sede em Estados-Membros que não foram tidos nem achados aquando da negociação daqueles tratados, podendo *inclusive* levar a situações de completa ausência de tributação<sup>189</sup>.

### ***O Caso Baars***

O litígio opunha C. Baars, um cidadão holandês, à administração fiscal holandesa, por esta última recusar a concessão de uma dedução fiscal sobre impostos sobre o património. C. Baars, que residia nos Países Baixos, uma vez que detinha uma participação de ações considerada substancial, numa sociedade com sede na Irlanda, declarou o seu património, aquando da

---

<sup>185</sup> C-307/97, *Saint Gobain*, de 21 de setembro de 1999 (§46).

<sup>186</sup> C-307/97, *Saint Gobain*, de 21 de setembro de 1999 (§50).

<sup>187</sup> C-307/97, *Saint Gobain*, de 21 de setembro de 1999 (§53).

<sup>188</sup> C-307/97, *Saint Gobain*, de 21 de setembro de 1999 (§55).

<sup>189</sup> C-307/97, *Saint Gobain*, de 21 de setembro de 1999 (§56 e 62).

liquidação do imposto sobre o mesmo, incluindo o valor daquelas ações, e requereu uma dedução que se previa para os contribuintes que explorassem uma ou várias empresas investindo numa ou em várias delas, nomeadamente através de ações ou participações sociais que representassem, para o contribuinte, uma participação substancial – «*exoneração de empresas*». A administração fiscal holandesa, sem contestar que a participação era substancial, recusou a concessão daquele benefício porque a participação substancial, no caso em apreço, se verificava numa sociedade que não dispunha de sede nos Países Baixos.

Questionou-se, a título prejudicial, se a legislação em sede de imposto sobre o património, nos termos da qual apenas se isentavam os acionistas cujas ações fossem de uma sociedade estabelecida nos Países Baixos, seria compatível com a liberdade de estabelecimento ou, caso se considerasse compatível, questionou-se, também, se o seria face à livre circulação de capitais.

O governo holandês começou por alegar que, na situação em análise, seriam apenas aplicáveis as disposições relativas à livre circulação de capitais. Ora, tendo o Tribunal esclarecido, quanto a isso, que cumpria analisar-se a compatibilidade de tais normas com a liberdade de estabelecimento, e que se estaria perante uma diferença de tratamento com base no critério da sede das sociedades de que os contribuintes são acionistas, o governo holandês veio aos autos justificar-se pela necessidade de preservação da coerência do sistema, uma vez que o património investido em ações numa sociedade com sede noutro Estado-Membro, não deveria beneficiar da dedução no imposto sobre o património, pois os lucros auferidos pela sociedade não estariam sujeitos a imposto sobre as sociedades nos Países Baixos<sup>190</sup>.

### ***O Caso Metallgesellschaft E O.***

O litígio opunha a Metallgesellschaft Ltd, a Metallgesellschaft AG e a Metallgesellschaft Handel & Beteiligungen AG e a The Metal and Commodity Company Ltd, à administração fiscal do Reino Unido, a respeito de uma obrigação, existente para as sociedades domiciliadas no Reino Unido, de pagarem, de forma antecipada, o imposto sobre as sociedades a título de dividendos distribuídos às sociedades-mãe (o designado *Advance Corporation Tax* ou ACT).

Estava em causa saber se a liberdade de estabelecimento e a livre circulação de capitais se opunham a uma legislação como a que se previa no Reino Unido, nos termos da qual as sociedades

---

<sup>190</sup> C-251/98, *Baars*, de 13 de abril de 2000 (§33-35).

com sede nesse Estado-Membro poderiam beneficiar de um regime de tributação que lhes permitia distribuir os dividendos à sua sociedade-mãe sem terem de pagar o ACT, caso a sociedade-mãe tivesse sede nesse Estado-Membro. Considerando-se que a legislação em causa comportava uma diferença de tratamento entre as filiais no Reino Unido, conforme a sua sociedade-mãe estivesse ou não sediada no Reino Unido, beneficiando as filiais cuja sociedade-mãe tinha também sede naquele Estado-Membro, o governo do Reino Unido veio, aos autos, pronunciar-se no sentido de que as duas situações não eram comparáveis<sup>191</sup>. Ademais, de acordo com o governo do Reino Unido, o regime da tributação de grupo dispensaria a obrigação de a filial pagar o ACT, mas tal obrigação seria transferida para a esfera da sociedade-mãe levando a que, caso se permitisse a uma filial, cuja sociedade-mãe tivesse sede fora do Reino Unido, beneficiar do regime da tributação de grupo, tal benefício nunca seria compensado (ou transferido) para a esfera da sociedade-mãe não residente<sup>192</sup>.

O governo holandês sustentou que a legislação *sub judice* era aplicada à luz do princípio da territorialidade, uma vez que o benefício em causa fazia com que o ACT fosse sempre cobrado, embora na esfera do grupo de sociedades, cobrança essa que não aconteceria caso se concedesse o mesmo benefício a uma filial cuja sociedade-mãe estivesse sediada fora do Reino Unido. E, no mesmo sentido, assentou a exposição do governo finlandês.<sup>193</sup>

Ademais, o governo do Reino Unido veio invocar a necessidade de preservar a coerência do sistema fiscal, para justificar o facto de não conceder o direito de opção pela tributação de grupo, às filiais residentes de sociedades-mãe não residentes<sup>194</sup>. Conforme explicou, no Reino Unido, tributavam-se, ao mesmo tempo, as sociedades pelos seus rendimentos e os acionistas destas sociedades pela parcela dos mesmos rendimentos distribuídos. Para atenuar a dupla tributação que dali emergia, as sociedades acionistas residentes no Reino Unido ficavam exoneradas daquele imposto pelos dividendos que recebiam das filiais residentes, compensando-se tal exoneração através do pagamento do ACT pela distribuição de dividendos pelas filiais às suas sociedades-mãe.

---

<sup>191</sup> C-397/98, *Metallgesellschaft E O.*, de 8 de março de 2001 (§46).

<sup>192</sup> C-397/98, *Metallgesellschaft E O.*, de 8 de março de 2001 (§47, 48).

<sup>193</sup> C-397/98, *Metallgesellschaft E O.*, de 8 de março de 2001 (§49, 50).

<sup>194</sup> C-397/98, *Metallgesellschaft E O.*, de 8 de março de 2001 (§61).

## ***O Caso Gottardo***

O litígio opunha a cidadã francesa, Elide Gottardo – que, apesar de ter nascido em Itália, abdicou da sua nacionalidade italiana aquando do seu casamento, em França, com um cidadão francês –, à segurança social italiana, em virtude desta última se recusar a conceder-lhe uma pensão de velhice em contrapartida pelas suas contribuições enquanto trabalhadora em Itália. A cidadã francesa havia trabalhado em Itália, na Suíça e em França, tendo contribuído para as respetivas seguranças sociais, embora auferisse pensões de velhice apenas na Suíça e em França. Só teria direito à pensão em Itália se levassem em consideração, além dos períodos de contribuições em França e em Itália, os períodos de contribuições na Suíça, à luz do princípio da totalização que se previa na convenção celebrada entre a Itália e a Suíça.

Ora, sendo nacional francesa, a convenção não lhe seria aplicável, mas entendia a Sr.<sup>a</sup> Gottardo que a segurança social italiana deveria reconhecer-lhe o direito a tal pensão, nas mesmas condições aplicáveis aos nacionais italianos, afinal ela era nacional de um Estado-Membro. Colocava-se, nesta sede, a questão de saber se a segurança social italiana estaria obrigada a considerar os períodos de contribuições num país terceiro, por um nacional de um outro Estado-Membro, da mesma forma que faria, caso se tratasse de um dos seus nacionais.

As autoridades italianas reconheceram que o indeferimento da concessão de pensão apenas se deu pelo facto de a Sr.<sup>a</sup> Gottardo ser cidadã francesa. De acordo com o governo e autoridades italianas competentes para a aplicação da medida em apreço, aquela recusa encontrava justificação pelo facto de a celebração de uma convenção bilateral entre a Itália e um país terceiro, a Suíça, não relevar ao nível da União Europeia. Ademais, justificar-se-ia, referiram, pelo aumento de encargos administrativos e financeiros que o tratamento reivindicado pela Sr.<sup>a</sup> Gottardo implicaria<sup>195</sup>.

***(Um dos) Casos Open Skies***<sup>196</sup>

---

<sup>195</sup> C-55/00, *Gottardo*, de 15 de janeiro de 2002 (§24, 25 e 38).

<sup>196</sup> Foram várias as ações de incumprimento instauradas pela Comissão, no que respeita aos acordos conhecidos por «*open skies*». Aqui, será analisado apenas o caso C-466/98, *Comissão vs. Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte*, de 5 de novembro de 2002, dadas as semelhanças das questões ali abordadas com os demais casos (C-467/98, C-468/98, C-469/98, C-471/98, C-472/98, C-475/98 e C-476/98).



A Comissão intentou uma ação contra o Reino Unido, por incumprimento das obrigações que se lhe impunham, à luz da liberdade de estabelecimento, decorrendo tal incumprimento da celebração de um acordo com os Estados Unidos da América, nos termos do qual se permitia que as companhias aéreas europeias fossem excluídas do benefício de concessão de licenças de exploração e autorizações técnicas, com fundamento na sua propriedade e controlo se verificarem fora do Reino Unido, ao passo que tal benefício se via ser garantido às companhias aéreas britânicas.

Os argumentos invocados pelo Reino Unido foram, desde logo, a aplicabilidade do artigo 351.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, na medida em que entendia que a cláusula *sub judice*, apesar de constar do Acordo Bermuda II que havia sido celebrado anos após a entrada do Reino Unido para a União Europeia, ela decorria do Acordo Bermuda I, cuja celebração se deu antes da entrada daquele Estado para a União Europeia. Neste sentido, também entendeu o governo holandês<sup>197</sup>. A Comissão atentou, quanto a este ponto, que o novo acordo foi celebrado em substituição do anterior, pelo que, ainda que os direitos e obrigações acordados não tivessem sofrido alterações substanciais, tratava-se de um novo acordo<sup>198</sup>.

Ademais, veio o governo do Reino Unido alegar que o artigo referente à liberdade de estabelecimento não seria aplicável, nem estaria a ser violado. Entendeu que a liberdade de estabelecimento não abrangia a área transportadora aérea internacional e que a atividade económica subjacente a tal ramo de atividade, se situava, a título principal, fora da União Europeia. Caso se entendesse aplicável, defendeu que a liberdade de estabelecimento não teria sido violada por este Estado e que também não havia exemplo de que alguma companhia aérea europeia tivesse sido prejudicada em resultado da aplicação daquela cláusula<sup>199</sup>. No mesmo sentido, o governo holandês defendeu que o Reino Unido não tinha violado o artigo referente à liberdade de estabelecimento<sup>200</sup>. Esclareceu a Comissão que o artigo referente à liberdade de estabelecimento

---

<sup>197</sup> C-466/98, *Comissão vs. Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte*, de 5 de novembro de 2002 (§17 e 19).

<sup>198</sup> C-466/98, *Comissão vs. Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte*, de 5 de novembro de 2002 (§21).

<sup>199</sup> C-466/98, *Comissão vs. Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte*, de 5 de novembro de 2002 (§34, 37).

<sup>200</sup> C-466/98, *Comissão vs. Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte*, de 5 de novembro de 2002 (§38).

se aplicaria a todos os setores de atividade, bem como a outros domínios da competência dos Estados-Membros<sup>201</sup>.

O Reino Unido veio, por último, invocar que a (eventual) discriminação contrária à liberdade de estabelecimento, se justificaria por razões de ordem pública, concretamente a conservação do «*direito de revogar, suspender, limitar ou submeter a condições as licenças de exploração ou as autorizações técnicas de uma companhia aérea designada pelos Estados Unidos da América, mas detida e efectivamente controlada por outros países terceiros ou pelos seus nacionais*»<sup>202</sup>. Atentou a Comissão, quanto a este aspeto, que a razão de ordem pública não poderia ser invocada para a prossecução de objetivos económicos<sup>203</sup>.

### ***O Caso Lankhorst-Hohorst***

O litígio opôs a Lankhorst-Hohorst GmbH à administração fiscal alemã, em virtude de esta última ter tributado os juros que aquela pagou a uma sociedade-mãe com sede nos Países Baixos, em contrapartida por um empréstimo que esta lhe havia concedido, por entendê-los como uma distribuição encoberta de lucros.

Questionou-se, a título prejudicial, se a liberdade de estabelecimento deveria ser interpretada no sentido de se opor à regra de impostos sobre os rendimentos das pessoas coletivas, nos termos da qual se considerava como distribuição encoberta de dividendos a remuneração de capital externo que uma filial recebesse da sua sociedade-mãe sem direito a crédito de imposto (as sociedades-mãe não residentes na Alemanha, e as pessoas coletivas de direito alemão isentas de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, não tinham direito ao crédito de imposto). Assim, relativamente à tributação de juros pagos por filiais às suas sociedades-mãe, a título de remuneração de capitais externos, tratava-se de forma discriminatória as filiais residentes, com sociedades-mãe residentes e filiais residentes com sociedades-mãe não residentes.

O governo alemão veio aos autos explicar que, quando uma filial residente pagasse juros a uma sociedade-mãe residente, caso a sociedade-mãe tivesse fornecido uma carta de garantia, os juros eram, também nesta situação, considerados lucros encobertos<sup>204</sup>.

---

<sup>201</sup> C-466/98, *Comissão vs. Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte*, de 5 de novembro de 2002 (§31).

<sup>202</sup> C-466/98, *Comissão vs. Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte*, de 5 de novembro de 2002 (§55).

<sup>203</sup> C-466/98, *Comissão vs. Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte*, de 5 de novembro de 2002 (§56).

<sup>204</sup> C-324/00, *Lankhorst Hohorst*, de 12 de dezembro de 2002 (§30).

Os governos alemão, dinamarquês, do Reino Unido e a Comissão referiram que a medida em análise servia para lutar contra a evasão fiscal, na medida em que se tornaria preferível financiar uma filial através de empréstimos, ao invés das entradas de capital, permitindo que a filial transferisse os seus lucros sob a forma de juros dedutíveis, ao invés de dividendos não dedutíveis<sup>205</sup>.

E, relativamente à exceção que se previa caso a sociedade demonstrasse que poderia ter obtido capitais externos de terceiros nas mesmas condições, a Comissão explicou que, apesar de tal previsão, existia risco de dupla tributação (da filial alemã, pelos juros pagos, e da sociedade-mãe não residente, pelos juros que recebesse) que os dois Estados-Membros deveriam solucionar<sup>206</sup>.

Os governos da Alemanha e do Reino Unido entendiam que a medida se justificaria pela garantia da coerência dos regimes fiscais aplicáveis e pela garantia da eficácia dos controlos fiscais<sup>207</sup>.

### ***O Caso D.***

*D.*, um cidadão alemão que detinha 90% do montante do seu património no Estado-Membro onde residia, na Alemanha, e 10% nos Países Baixos onde estava sujeito a imposto sobre a fortuna na parte correspondente a 10%, sem beneficiar de qualquer abatimento, contrariamente aos cidadãos residentes nos Países Baixos que eram tributados sobre a totalidade da sua fortuna, podendo deduzir um abatimento. Ademais, por força da convenção celebrada entre os Países Baixos e a Bélgica, um cidadão residente na Bélgica, poderia beneficiar daquele abatimento.

Face às regras em matéria de imposto sobre o património, colocaram-se, em essência, duas questões prejudiciais: saber se as regras holandesas estariam de acordo com a livre circulação de capitais; saber se as mesmas regras estariam de acordo com a livre circulação de capitais, tendo em conta que, ao abrigo da convenção entre os Países Baixos e a Bélgica, um não residente (belga), tal como *D.* (alemão), poderia beneficiar das mesmas condições que um residente nos Países Baixos.

---

<sup>205</sup> C-324/00, *Lankhorst Hoorst*, de 12 de dezembro de 2002 (§34).

<sup>206</sup> C-324/00, *Lankhorst Hoorst*, de 12 de dezembro de 2002 (§35).

<sup>207</sup> C-324/00, *Lankhorst Hoorst*, de 12 de dezembro de 2002 (§39, 43).

Relativamente à primeira questão, os governos holandês, belga, alemão, francês e a Comissão, referiram que os residentes e os não residentes não estariam numa situação comparável em matéria de tributação direta, e que a diferença de tratamento emergente da aplicação das regras holandesas seria compatível com as regras do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia<sup>208</sup>.

E, a propósito da segunda questão, os governos e a Comissão alegaram que a diferença de tratamento entre *D.* e um residente belga não seria discriminatória, não sendo obrigação de um Estado-Membro alargar a aplicação de uma convenção, da qual é signatário, a um cidadão residente num Estado-Membro que não é tido nem achado na convenção, o que, além de colocar em causa o equilíbrio das convenções, traria uma enorme insegurança jurídica<sup>209</sup>.

### ***O Caso Marks & Spencer***

O litígio entre a *Marks & Spencer* e a administração fiscal britânica foi despoletado por esta ter indeferido o pedido daquela, de deduzir os prejuízos fiscais registados nas suas filiais residentes na Alemanha, na Bélgica e em França, do seu lucro tributável no Reino Unido. A dedução de grupo pretendida, só se previa para os prejuízos registados no Reino Unido.

Questionava-se, essencialmente, se a liberdade de estabelecimento se opunha à legislação aplicável no Reino Unido, nos termos da qual uma sociedade-mãe residente não podia deduzir do seu lucro tributável os prejuízos sofridos pelas suas filiais noutros Estados-Membros, admitindo-se aquela dedução caso se tratasse de prejuízos sofridos por filiais residentes no Reino Unido.

Ao criar uma diferença de tratamento entre os prejuízos sofridos por uma filial residente e os prejuízos sofridos por uma filial não residente, configurava uma restrição à liberdade de estabelecimento. Relativamente a este tratamento, os governos do Reino Unido e de outros Estados-Membros aduziram que, por força do princípio da territorialidade, as filiais residentes e as filiais não residentes não estavam em situações comparáveis, na medida em que os Estados-Membros onde se estabeleciam as sociedades-mãe não tinham competência fiscal em relação a filiais não residentes<sup>210</sup>.

---

<sup>208</sup> C-376/03, *D.*, de 5 de julho de 2005 (§23).

<sup>209</sup> C-376/03, *D.*, de 5 de julho de 2005 (§48).

<sup>210</sup> C-446/03, *Marks & Spencer*, de 13 de dezembro de 2005 (§34-36).

Apresentaram, ainda, três razões para a aplicação de tais regras: a garantia da repartição equilibrada do poder tributário, na medida em que os lucros e os prejuízos deveriam ser tratados a par; o risco de os prejuízos poderem ser deduzidos duas vezes, caso fossem considerados também no Estado-Membro da sociedade-mãe; o risco de evasão fiscal, caso os prejuízos não fossem considerados nos Estados-Membros das filiais<sup>211</sup>.

### ***O Caso ACT***

Foram vários os pedidos de concessão de créditos de imposto, relativos a dividendos distribuídos por sociedades residentes a sociedades não residentes, formulados à administração fiscal do Reino Unido, na sequência do caso *Metallgesellschaft*. Em causa estavam dividendos pagos a sociedades residentes em Itália, França e nos Países Baixos.

Questionou-se, a título prejudicial, se os artigos referentes à liberdade de estabelecimento e à livre circulação de capitais, se opunham à legislação inglesa, nos termos da qual se concedia um crédito de imposto total aos acionistas beneficiários de dividendos distribuídos por uma sociedade residente, quando estes residiam nesse Estado-Membro ou noutro que fosse parte numa convenção que previsse esse crédito.

Os Estados do Reino Unido, da Alemanha, da França, da Irlanda, da Itália e a Comissão referiram que as duas situações (das sociedades acionistas residentes e das sociedades acionistas não residentes) não eram comparáveis, uma vez que as sociedades não residentes não estavam sujeitas a imposto sobre os dividendos no Reino Unido<sup>212</sup>.

Perguntou-se, também a título prejudicial, se os artigos referentes à liberdade de estabelecimento e à livre circulação de capitais, se opunham a que um Estado-Membro, ao abrigo de uma convenção de dupla tributação, concedesse um crédito de imposto parcial somente a residentes de determinados Estados-Membros; e se um Estado-Membro poderia aplicar uma cláusula de limitação de benefícios, na qual se previa que não se concediam créditos de imposto a sociedades residentes num Estado-Membro Contratante, se estas fossem controladas por sociedades residentes em terceiros Estados que tivessem celebrado convenções de dupla tributação com aqueloutro, e na qual não se previsse a concessão de um crédito de imposto.

---

<sup>211</sup> C-446/03, *Marks & Spencer*, de 13 de dezembro de 2005 (§43).

<sup>212</sup> C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, de 12 de dezembro de 2006 (§47).

Perante tal, os Estados do Reino Unido, da Alemanha, da França, da Itália, dos Países Baixos e a Comissão, alegaram que a concessão do tratamento conferido a um residente de um Estado-Membro, a todos os outros residentes de outros Estados-Membros, implicaria prescindir do equilíbrio e da reciprocidade que caracterizam as convenções de dupla tributação, abrindo a porta para a evasão fiscal e melindrando a segurança jurídica dos contribuintes<sup>213</sup>.

### ***O Caso Cadbury Schweppes***

No caso em análise, a questão crucial andou à volta de se saber se o facto de uma sociedade estabelecida num Estado-Membro constituir e capitalizar sociedades residentes noutros Estados-Membros, a fim de beneficiar de um regime fiscal mais favorável no seu Estado-Membro, poderia configurar uma utilização da liberdade de estabelecimento de forma abusiva.

A Bélgica e o Chipre referiram que a liberdade de estabelecimento, tal como foi exercida no caso em apreço, não significou, *per se*, um comportamento abusivo<sup>214</sup>.

A Irlanda e a Comissão alegaram que a diferença de tratamento emergente da legislação das sociedades estrangeiras controladas bem como a desvantagem para as sociedades residentes cujas filiais estivessem sujeitas a um nível de tributação inferior noutro Estado-Membro, obstaculizavam o exercício da liberdade de estabelecimento, constituindo uma restrição àquela liberdade<sup>215</sup>.

O Reino Unido, a Dinamarca, a Alemanha, a França, Portugal, a Finlândia e a Suécia aduziram que a legislação sob o escrutínio do Tribunal de Justiça da União Europeia visava a luta contra a evasão fiscal, concretamente, combater a transferência artificial de lucros para Estados de baixo nível de tributação<sup>216</sup>.

Contudo, a Bélgica e a Comissão lembraram que o facto de o exercício da liberdade de estabelecimento ter sido motivado, no caso concreto, pela obtenção de uma redução fiscal, tal não significaria que, por detrás desse exercício, existisse um esquema puramente artificial<sup>217</sup>.

---

<sup>213</sup> C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, de 12 de dezembro de 2006 (§80).

<sup>214</sup> C-196/04, *Cadbury/Schweppes*, de 12 de setembro de 2006 (§38).

<sup>215</sup> C-196/04, *Cadbury/Schweppes*, de 12 de setembro de 2006 (§46).

<sup>216</sup> C-196/04, *Cadbury/Schweppes*, de 12 de setembro de 2006 (§48).

<sup>217</sup> C-196/04, *Cadbury/Schweppes*, de 12 de setembro de 2006 (§63).

## *O Caso SGI*

O litígio opunha a Société de Gestion Industrielle SA (SGI) à administração fiscal belga, em virtude de esta ter considerado lucros próprios da sociedade, para efeitos de determinação da sua matéria coletável, os montantes pagos por esta, a título excecional ou gratuito, a sociedades estabelecidas noutros Estados-Membros, com as quais mantinha relações de interdependência.

Questionou-se, a título prejudicial, se os artigos referentes à liberdade de estabelecimento e à livre circulação de capitais se opunham à legislação em causa, que previa o tratamento de suprimentos a título excecional ou gratuito enquanto lucros suscetíveis de integrar a matéria coletável da sociedade residente, caso estes fossem concedidos a sociedades estabelecidas noutros Estados-Membros.

Indagando-se da existência de uma restrição à liberdade de estabelecimento, o governo Sueco e a Comissão consideraram que a legislação sob análise configurava uma restrição àquela liberdade. A Bélgica e a Alemanha, por sua vez, entendiam que a legislação em vigor não era prejudicial para as sociedades residentes que concedessem suprimentos a título excecional ou gratuito a sociedades residentes noutros Estados-Membros<sup>218</sup>.

Ora, estava em causa uma restrição à liberdade de estabelecimento, na medida em que as sociedades residentes se viam desincentivadas a «*adquirir, criar ou manter uma participação substancial numa sociedade*» estabelecida noutro Estado-Membro, uma vez que estavam sujeitas a uma carga fiscal superior quando concedessem aqueles suprimentos a favor de sociedades não residentes<sup>219</sup>.

A Bélgica alegou que a desvantagem fiscal em análise consistia no risco de dupla tributação se o Estado-Membro de residência das sociedades beneficiárias dos suprimentos não efetuasse um ajustamento fiscal<sup>220</sup>. De acordo com este Estado, o número de deduções fiscais permitido para as sociedades residentes, nas situações internas, estava limitado. E o governo alemão veio aduzir que as autoridades belgas tributavam os suprimentos pagos a título excecional ou gratuito, sobre a sociedade residente que os pagava, pois não tinham competência para o fazer sobre as sociedades

---

<sup>218</sup> C-311/08, *SGI*, de 21 de janeiro de 2010 (§41).

<sup>219</sup> C-311/08, *SGI*, de 21 de janeiro de 2010 (§44).

<sup>220</sup> C-311/08, *SGI*, de 21 de janeiro de 2010 (§47).

estabelecidas noutro Estado-Membro; nas situações internas, a tributação incidia sobre as sociedades beneficiárias<sup>221</sup>.

A Suécia, a Comissão, a Bélgica e a Alemanha referiram que tal legislação poderia ser justificada pela necessidade de garantir a equilibrada repartição de competências entre os Estados-Membros, pelo risco de evasão fiscal e pela luta contra o abuso fiscal, embora em respeito pelo princípio da proporcionalidade<sup>222</sup>.

### **ALGUMAS CONSIDERAÇÕES**

Da análise aos argumentos invocados pelos Estados, vemos que as suas preocupações primaciais estão intimamente ligadas à ideia de assegurar os seus poderes de tributar: (i) garantindo que as informações disponibilizadas pelos contribuintes são verdadeiras justificando, por isso, a concessão de tratamentos mais favoráveis (caso *Futura*); (ii) garantindo que os benefícios ou tratamentos fiscais mais favoráveis que concedem, são compensados pela tributação que decorre das suas competências (casos *ICI*, *Saint-Gobain*, *Baars*, *Metallgesellschaft E O.*, *Marks & Spencer*); (iii) garantindo que as convenções de dupla tributação implicam cedências de parte a parte, não sendo razoável comprometer o equilíbrio e a reciprocidade que delas resulta, ao destacarem-se benefícios delas emergentes por força do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, e das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado da União Europeia (casos *Saint-Gobain*, *Gottardo, D.*, *ACT*); (iv) garantindo que os contribuintes não se aproveitam dos diferentes ordenamentos jurídico-tributários para se subterfugiar à aplicação da lei menos favorável (caso *Centros*) ou que, simplesmente, desenvolvam esquemas artificiais para suscitar a aplicação de leis mais favoráveis (casos *Lankhorst-Hohorst*, *Marks & Spencer*, *Cadbury Schweppes*, *SGL*).

## **2. O ENTENDIMENTO PRECONIZADO PELOS ADVOGADOS GERAIS**

### ***O Caso Futura***

---

<sup>221</sup> C-311/08, *SGL*, de 21 de janeiro de 2010 (§49).

<sup>222</sup> C-311/08, *SGL*, de 21 de janeiro de 2010 (§57).



No caso *Futura*, o Advogado-Geral Carl Otto Lenz refere três condições para a transferência de perdas, conforme prevista na legislação do Luxemburgo: i) existência de um nexo económico entre as perdas e os rendimentos locais; ii) existência de uma contabilidade regular no Luxemburgo; iii) conservação dessa contabilidade no Luxemburgo<sup>223</sup>.

Relativamente à primeira condição, entende-a compatível com o Direito da União Europeia sendo, aliás, resultado do princípio da territorialidade no domínio da tributação e estando, *inclusive*, prevista, na convenção de dupla tributação celebrada entre a França e o Luxemburgo, a dedutibilidade de perdas que estejam apenas relacionadas com os rendimentos auferidos nos Estados<sup>224</sup>.

Sobre as restantes duas condições, o Advogado-Geral pronuncia-se em sentido discordante dos argumentos invocados pelo governo do Reino Unido e pelo governo do Luxemburgo pois considera que estas duas condições surgem em imposição de custos administrativos adicionais para os contribuintes não residentes<sup>225</sup>. Atenta, neste sentido, que a liberdade de estabelecimento inclui a escolha pelo estabelecimento na forma de uma sucursal<sup>226</sup> e considera serem discriminatórias tais exigências, na medida em que se a legislação do Luxemburgo trata as sociedades luxemburguesas e as sucursais da mesma forma, relativamente à tributação dos lucros, não pode, por sua vez, entendê-las diferentes quando em causa esteja a atribuição de um benefício fiscal como o da transferência de perdas<sup>227</sup>.

Sobre a justificação destas condições, o Advogado-Geral analisa as duas condições de forma separada<sup>228</sup>. Em linha com o entendimento preconizado pela Comissão, entende que a existência de contabilidade na sede da sociedade, é o bastante para se verificarem as perdas

---

<sup>223</sup> Conclusões do Advogado-Geral Carl Otto Lenz, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-250/95, *Futura*, em 5 de novembro de 1996 (§25).

<sup>224</sup> Conclusões do Advogado-Geral Carl Otto Lenz, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-250/95, *Futura*, em 5 de novembro de 1996 (§29).

<sup>225</sup> Conclusões do Advogado-Geral Carl Otto Lenz, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-250/95, *Futura*, em 5 de novembro de 1996 (§35).

<sup>226</sup> Conclusões do Advogado-Geral Carl Otto Lenz, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-250/95, *Futura*, em 5 de novembro de 1996 (§38).

<sup>227</sup> Conclusões do Advogado-Geral Carl Otto Lenz, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-250/95, *Futura*, em 5 de novembro de 1996 (§39 e 40).

<sup>228</sup> Conclusões do Advogado-Geral Carl Otto Lenz, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-250/95, *Futura*, em 5 de novembro de 1996 (§41).

suportadas<sup>229</sup>. Conclui, quanto à condição de existir contabilidade organizada no Luxemburgo, que esse Estado não é obrigado a autorizar a transferência de perdas com base numa avaliação, podendo exigir que lhe sejam apresentados valores exatos como contrapartida para a atribuição desse benefício, desde que essa condição seja também imposta às empresas luxemburguesas e às sucursais das empresas de outros Estados-Membros. Contudo, a necessidade de existir uma contabilidade separada conduz a uma discriminação dos não residentes, que se revela desproporcionada e injustificável<sup>230</sup>.

No que concerne à terceira condição, de conservação da contabilidade regular no Luxemburgo, o Advogado-Geral entende-a, também, desproporcionada e injustificável, uma vez que existe sempre a possibilidade de os Estados-Membros trocarem impressões ao abrigo da Diretiva relativa à assistência mútua das autoridades competentes dos Estados-Membros no domínio dos impostos diretos. E, caso as informações solicitadas pelo Luxemburgo estejam sob a proteção do governo da França, e os interessados em beneficiar da transferência de perdas não autorizem a sua divulgação, não poderá o Luxemburgo conceder tal atribuição<sup>231</sup>.

Notando que as convenções de dupla tributação integram o direito nacional interno, não podendo, por isso, à semelhança do que se impõe para as outras disposições nacionais, contrariar as exigências que o Direito da União Europeia impõe, o Advogado-Geral conclui com a proposta de que o artigo onde se prevê a liberdade de estabelecimento «*deve ser interpretado no sentido de que uma disposição [...] relativa ao imposto sobre os rendimentos e as disposições da convenção contra a dupla tributação que remetem para disposições de direito interno não são compatíveis com o direito comunitário, na medida em que fazem depender a aplicação das disposições relativas ao transporte das perdas a contribuintes não residentes com um estabelecimento estável no Luxemburgo da condição de a contabilidade ser efectuada e conservada no Luxemburgo*»<sup>232</sup>.

### **O Caso ICI**

---

<sup>229</sup> Conclusões do Advogado-Geral Carl Otto Lenz, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-250/95, *Futura*, em 5 de novembro de 1996 (§46).

<sup>230</sup> Conclusões do Advogado-Geral Carl Otto Lenz, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-250/95, *Futura*, em 5 de novembro de 1996 (§60).

<sup>231</sup> Conclusões do Advogado-Geral Carl Otto Lenz, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-250/95, *Futura*, em 5 de novembro de 1996 (§71).

<sup>232</sup> Conclusões do Advogado-Geral Carl Otto Lenz, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-250/95, *Futura*, em 5 de novembro de 1996 (§77).

Neste caso, o Advogado-Geral Giuseppe Tesauo veio afirmar que a imposição subjacente à concessão da dedução *sub judice* era limitadora do direito de que as sociedades britânicas dispunham de criarem filiais noutros Estados-Membros, entendendo-a uma típica restrição à saída, uma vez que tal imposição desincentivava a criação de filiais noutros Estados <sup>233</sup>.

Perante a restrição emergente da legislação britânica, discriminando as sociedades com sede no Reino Unido cujas filiais ou sucursais tivessem sede fora do Reino Unido, o Advogado-Geral referiu que os argumentos aduzidos pelo governo do Reino Unido estariam desprovidos de qualquer fundamento <sup>234</sup>. Explicou que o risco de evasão fiscal existia sempre, independentemente do número de filiais com sede fora do Reino Unido ser minoritário ou majoritário <sup>235</sup>. Perante tal entendimento, e não tendo ficado, também, provada a inexistência de medidas menos restritivas capazes de atingir o objetivo visado por aquela legislação, concluiu o Advogado-Geral propondo que aquela se considerasse uma restrição à liberdade de estabelecimento, injustificada <sup>236</sup>.

### ***O Caso Centros***

A propósito da imposição legislativa na Dinamarca para a criação de uma sociedade por quotas, e da sua compatibilidade com a liberdade de estabelecimento, o Advogado-Geral Antonio La Pergola referiu que a liberdade em causa era garante do tratamento nacional a qualquer cidadão de um Estado-Membro, ainda que exercida a título secundário, podendo-se escolher entre a criação de uma filial ou de uma sucursal, gozando assim, a sociedade estrangeira, dos mesmos direitos que estão à disposição das sociedades nacionais <sup>237</sup>. E não deixou de notar que a sede da sociedade interessada permitia que se determinasse a subordinação daquela à ordem jurídica do respetivo Estado-Membro. Deste modo, teria aquela sociedade direito ao tratamento nacional ainda que as suas atividades viessem a exercer-se num outro Estado-Membro, por meio de uma sucursal <sup>238</sup> que,

---

<sup>233</sup> Conclusões do Advogado-Geral Giuseppe Tesauo, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-264/96, *ICI*, em 16 de dezembro de 1997 (§16, 18).

<sup>234</sup> Conclusões do Advogado-Geral Giuseppe Tesauo, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-264/96, *ICI*, em 16 de dezembro de 1997 (§23, 24).

<sup>235</sup> Conclusões do Advogado-Geral Giuseppe Tesauo, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-264/96, *ICI*, em 16 de dezembro de 1997 (§29).

<sup>236</sup> Conclusões do Advogado-Geral Giuseppe Tesauo, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-264/96, *ICI*, em 16 de dezembro de 1997 (§30, 31).

<sup>237</sup> Conclusões do Advogado-Geral Antonio La Pergola, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-212/97, *Centros*, em 16 de julho de 1998 (§12).

<sup>238</sup> Conclusões do Advogado-Geral Antonio La Pergola, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-212/97, *Centros*, em 16 de julho de 1998 (§13).

apesar de «*dotada de determinada autonomia de gestão [seria] apesar de tudo, à sociedade-mãe [que se reconduziria] a actividade ligada às transacções efectuadas por conta da sociedade-mãe, por quem é afectado ao serviço do estabelecimento anexo*»<sup>239</sup>. A teoria do Advogado-Geral foi a de que a medida em causa não restringia a liberdade de estabelecimento. Em bom rigor, ela afastava o exercício daquele direito, de forma perentória, discriminando assim a sociedade em causa, das sociedades constituídas nos termos da legislação dinamarquesa, quando exercessem o seu direito de estabelecimento secundário através do estabelecimento de sucursais na Dinamarca<sup>240</sup>.

Quanto às justificações para a aplicação de tal medida, nomeadamente atendendo ao fim que aquela imposição visava – a proteção ou garantia dos credores –, entendeu o Advogado-Geral que tal não seria indispensável, na medida em que a exigência de um capital mínimo não era impeditiva de que o mesmo se dissipasse. Facilmente se chegaria àquele fim por outras vias, menos restritivas. Ademais, se a sociedade de direito inglês tivesse exercido de forma efetiva uma atividade no Reino Unido, a constituição de uma sucursal, na Dinamarca, não seria colocada em causa<sup>241</sup>. Concluiu com a proposta de que a liberdade de estabelecimento se opunha a que um Estado-Membro recusasse a inscrição de uma sucursal de uma sociedade de responsabilidade limitada, constituída de acordo com a legislação de outro Estado-Membro com o fundamento de que a sociedade não exercia atividades económicas, pretendendo-se serem exercidas através da sucursal, escapulindo à aplicação das regras (mais rigorosas) no Estado-Membro de constituição da sucursal.

### ***O Caso Saint-Gobain***

O Advogado-Geral Jean Mischo veio, nestes autos, apresentar as suas conclusões no sentido de que as situações de sociedades residentes e não residentes eram, *in casu*, comparáveis

---

<sup>239</sup> Conclusões do Advogado-Geral Antonio La Pergola, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-212/97, *Centros*, em 16 de julho de 1998 (§15).

<sup>240</sup> Conclusões do Advogado-Geral Antonio La Pergola, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-212/97, *Centros*, em 16 de julho de 1998 (§16).

<sup>241</sup> Conclusões do Advogado-Geral Antonio La Pergola, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-212/97, *Centros*, em 16 de julho de 1998 (§22).

porque, para efeitos de tributação dos lucros realizados, aplicavam-se as mesmas regras, diferindo o tratamento apenas, precisamente, na concessão dos benefícios<sup>242</sup>.

Não deixou de referir que, no domínio da fiscalidade direta, os Estados-Membros deveriam exercer a sua competência em respeito pelo Direito da União Europeia<sup>243</sup>.

No que respeita, concretamente, à reciprocidade e equilíbrio que caracterizam as convenções de dupla tributação, o Advogado-Geral elucidou que estes não seriam prejudicados por um eventual alargamento, pois não comprometeriam os direitos dos Estados terceiros que figurassem enquanto parte naquelas convenções<sup>244</sup>.

Feito este percurso, concluiu com a proposta de que a recusa na concessão dos benefícios sob escrutínio, era contrária à liberdade de estabelecimento, liberdade essa ao abrigo da qual as sociedades deveriam ser tratadas da mesma forma que as sociedades nacionais, podendo escolher, de forma livre, entre a criação, no Estado-Membro de estabelecimento, de uma filial ou de uma agência ou sucursal.

### ***O Caso Baars***

O Advogado-Geral Siegbert Alber expôs um raciocínio útil relativamente à relação de concorrência entre a livre circulação de capitais e a liberdade de estabelecimento, sintetizando que, perante uma afronta direta à livre circulação de capitais (e só indireta à liberdade de estabelecimento) aplicar-se-iam as disposições relativas à livre circulação de capitais. Na mesma lógica, perante uma afronta direta à liberdade de estabelecimento (e só indireta à livre circulação de capitais), cumpriria aplicar as disposições relativas à liberdade de estabelecimento. E, caso a afronta fosse direta, para ambas as liberdades, aplicar-se-iam ambos os princípios e as medidas dos Estados deveriam ser compatíveis com as exigências daquelas liberdades<sup>245</sup>. Assim, a legislação *sub judice*, que se referia à própria atividade empresarial de forma específica, deveria

---

<sup>242</sup> Conclusões do Advogado-Geral Jean Mischo, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-307/97, *Saint-Gobain*, em 2 de março de 1999 (§23, 48).

<sup>243</sup> Conclusões do Advogado-Geral Jean Mischo, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-307/97, *Saint-Gobain*, em 2 de março de 1999 (§78).

<sup>244</sup> Conclusões do Advogado-Geral Jean Mischo, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-307/97, *Saint-Gobain*, em 2 de março de 1999 (§82).

<sup>245</sup> Conclusões do Advogado-Geral Siegbert Alber, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-251/98, *Baars*, em 14 de outubro de 1999 (§26, 30).

ser analisada, por completo, à luz da liberdade de estabelecimento, desde logo porque se tratava de uma propriedade única de todas as ações.

Partindo da análise à liberdade de estabelecimento, o Advogado-Geral começou por referir que aquela protegia contra restrições da parte do Estado onde um contribuinte pretendia estabelecer-se, bem como contra restrições que proviessem do Estado de origem, sendo dever dos Estados-Membros, no exercício da sua competência em sede de tributação direta, respeitar o Direito da União Europeia<sup>246</sup>.

Quanto à justificação, o Advogado-Geral veio esclarecer que a legislação aplicável apenas afastava a dupla tributação em relação ao capital das sociedades que tivessem sede na Holanda; e que uma vez que o imposto sobre o património era reduzido mediante uma participação substancial numa sociedade, com base no imposto que lhe era exigido, a redução de imposto não podia estar dependente de se tributar a sociedade nos Países Baixos ou noutro Estado-Membro. Diferente seria se esta exoneração fosse concedida em função do imposto a pagar no Estado da sede da sociedade, independentemente do Estado-Membro em que o imposto seria pago. Ademais, notou que o facto de a tributação da sociedade não recair em benefício da administração fiscal holandesa, não serviria para justificar a discriminação patente que emergia da aplicação da legislação holandesa em apreço<sup>247</sup>.

### ***O Caso Metallgesellschaft E O.***

Cumpria ao Advogado-Geral Nial Fennelly analisar a restrição que se impunha às filiais residentes no Reino Unido de sociedades-mãe não residentes nesse Estado-Membro, por não poderem optar pela tributação dos rendimentos do grupo exonerando-se do pagamento do ACT.

Sobre a alegada perda de receitas fiscais, o Advogado-Geral entendeu que a concessão daquela opção às filiais residentes de sociedades-mãe não residentes não potenciaria a evasão ou a fraude fiscais, permitindo apenas uma vantagem de tesouraria da qual beneficiavam também as outras filiais. As sociedades-mãe, residentes e não residentes, não estavam em situações comparáveis, pois a residente pagaria o ACT mediante uma distribuição por estar sujeita ao

---

<sup>246</sup> Conclusões do Advogado-Geral Siegbert Alber, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-251/98, *Baars*, em 14 de outubro de 1999 (§36, 37).

<sup>247</sup> Conclusões do Advogado-Geral Siegbert Alber, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-251/98, *Baars*, em 14 de outubro de 1999 (§39-41).

imposto sobre o rendimento no Reino Unido; a não residente, apesar de não estar sujeita àquele imposto, no Reino Unido, estava sujeita a imposto no seu país<sup>248</sup>.

A respeito da coerência fiscal, realçou aquele Advogado-Geral a importância de existir uma ligação direta entre a aplicação do imposto e a sua isenção ou dedução que, *in casu*, se concedia apenas caso se tratasse de uma filial residente cuja sociedade-mãe também fosse residente. De facto, em qualquer condição, as filiais estavam sujeitas ao imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas, pelo que justificar a diferença de tratamento entre elas, tendo por base a forma como as suas sociedades-mãe eram tributadas não seria aceitável. Aquele advogado nota que, se por mera hipótese, se viesse a considerar justificado o tratamento diferenciado, deveria então considerar-se desproporcionado<sup>249</sup>. Com isto, propôs que a liberdade de estabelecimento se opunha a tal tratamento.

### ***O Caso Gottardo***

O Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer veio esclarecer aos autos que, ao abrigo da proibição de discriminação em razão da nacionalidade, a segurança social italiana deveria abster-se de recusar, na situação *sub judice*, a concessão da pensão com fundamento no facto de a requerente não ter nacionalidade italiana, tal como se impunha na convenção<sup>250</sup>. Notou, ademais, trazendo à colação a jurisprudência firmada no caso *Saint Gobain*, que a aplicação (extensiva) da convenção celebrada entre a Itália e a Suíça, não teria quaisquer implicações para a Suíça, nem sequer o equilíbrio e a reciprocidade da convenção seriam colocados em causa<sup>251</sup>.

Por fim, o Advogado-Geral admitiu que a Suíça, enquanto estado terceiro, não teria que cooperar no sentido da não discriminação em razão da nacionalidade, mas tal fatalidade não desonerava a Itália, enquanto Estado-Membro da União Europeia, de fazer todos os esforços para averiguar, *in casu*, os períodos de contribuições que decorreram efetivamente na Suíça<sup>252</sup>.

---

<sup>248</sup> Conclusões do Advogado-Geral Nial Fennelly, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-397/98, *Metallgesellschaft E O.*, em 12 de setembro de 2000 (§22, 23).

<sup>249</sup> Conclusões do Advogado-Geral Nial Fennelly, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-397/98, *Metallgesellschaft E O.*, em 12 de setembro de 2000 (§33-38).

<sup>250</sup> Conclusões do Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-55/00, *Gottardo*, em 5 de abril de 2001 (§37).

<sup>251</sup> Conclusões do Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-55/00, *Gottardo*, em 5 de abril de 2001 (§38).

<sup>252</sup> Conclusões do Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-55/00, *Gottardo*, em 5 de abril de 2001 (§41).

A sua conclusão foi a de que o número 2 do artigo 39.º do Tratado da Comunidade Europeia se opunha a que um Estado-Membro recusasse computar os períodos de contribuições para a segurança social ocorridos num país terceiro com o qual celebrou uma convenção, com o fundamento de que a requerente da pensão não tinha nacionalidade italiana, embora tal computação fosse aplicada aos nacionais italianos.

### ***(Um dos) Casos Open Skies***

Sobre a aplicabilidade do artigo 351.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, o Advogado-Geral Antonio Tizzano, apresentou as suas conclusões no sentido de que o Acordo Bermuda II (novo acordo) surgiu em substituição do Acordo Bermuda I (antigo acordo), pelo que a cláusula de nacionalidade constante desse acordo teria sido novamente acordada, embora após a entrada do Reino Unido na União Europeia, não sendo assim de se aplicar aquele preceito legal no sentido de se isentar o Reino Unido de responsabilidades<sup>253</sup>.

Na apreciação que fez sobre a compatibilidade da cláusula de nacionalidade com o artigo referente à liberdade de estabelecimento, o Advogado-Geral referiu que, pelo facto de o Reino Unido não conceder o tratamento nacional às companhias aéreas estabelecidas no seu território – embora detidas ou controladas por nacionais de outros Estados-Membros –, estaria em causa a liberdade de estabelecimento<sup>254</sup>.

Acabou a concluir que a cláusula de nacionalidade era contrária às regras sobre o direito de estabelecimento, e que não se encontraria justificada pelas razões de ordem pública invocadas pelos Estados<sup>255</sup>.

### ***O Caso Lankhorst-Hohorst***

Partindo da diferença de tratamento patente no caso em apreço, o Advogado-Geral Jean Mischo analisou a suscetibilidade das razões invocadas pelos Estados justificarem a restrição à

---

<sup>253</sup> Conclusões do Advogado-Geral Antonio Tizzano, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-466/98, *Comissão vs. Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte*, em 31 de janeiro de 2002 (§139,140).

<sup>254</sup> Conclusões do Advogado-Geral Antonio Tizzano, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-466/98, *Comissão vs. Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte*, em 31 de janeiro de 2002 (§125).

<sup>255</sup> Conclusões do Advogado-Geral Antonio Tizzano, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-466/98, *Comissão vs. Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte*, em 31 de janeiro de 2002 (§132).



liberdade de estabelecimento que da legislação alemã emergia. Assumindo que as regras de subcapitalização (*thin capitalization rules*), *in casu*, eram aplicadas para evitar que a Alemanha perdesse parte dos rendimentos com a técnica de financiamento utilizada pelas filiais residentes e sociedades-mãe não residentes, o Advogado-Geral afirmou que a perda de receitas não constituía razão que justificasse uma diferença de tratamento<sup>256</sup>.

Sobre a coerência fiscal, alertou que só se justificaria uma medida restritiva quando a coerência fiscal se estabelecesse «*ao nível de uma mesma pessoa por uma correlação rigorosa entre um benefício fiscal, por um lado, e um tratamento fiscal desfavorável, por outro*», o que não se verificava na situação sob escrutínio<sup>257</sup>.

No que respeita à luta contra a evasão fiscal, demonstrou que a medida alemã não visava impedir os esquemas puramente artificiais<sup>258</sup>. E, por fim, sobre a garantia do controlo fiscal, elucidou que, no processo em análise, não se colocava a questão do controlo fiscal efetivo<sup>259</sup>.

Assim, sugeriu que se considerasse a liberdade de estabelecimento contrária à medida instituída pelo governo alemão.

#### ***O Caso D.***

O Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer explicou, nas suas conclusões, que as regras holandesas aplicáveis à tributação da fortuna constituíam uma distinção em razão da nacionalidade e configuravam uma restrição à livre circulação de capitais, desencorajando o investimento de cidadãos residentes noutros Estados-Membros, nos Países Baixos. Na sua opinião, a situação de um cidadão alemão, com 10% do seu património nos Países Baixos, e o restante na Alemanha, era comparável à situação de um cidadão residente nos Países Baixos, também com 10% do seu património nesse território e o restante na Alemanha<sup>260</sup>.

---

<sup>256</sup> Conclusões do Advogado-Geral Jean Mischo, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, em 26 de setembro de 2002 (§71 e seguintes).

<sup>257</sup> Conclusões do Advogado-Geral Jean Mischo, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, em 26 de setembro de 2002 (§84).

<sup>258</sup> Conclusões do Advogado-Geral Jean Mischo, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, em 26 de setembro de 2002 (§91).

<sup>259</sup> Conclusões do Advogado-Geral Jean Mischo, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, em 26 de setembro de 2002 (§97).

<sup>260</sup> Conclusões do Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-376/03, *D.* em 26 de outubro de 2004 (§65 e seguintes).

E, relativamente à convenção celebrada entre os Países Baixos e a Bélgica, o Advogado-Geral elucida que as duas situações – cidadão residente na Alemanha e cidadão residente na Bélgica – são semelhantes, pelo que a diferença de tratamento entre ambas, por força da convenção, causava entraves à livre circulação de capitais. Referiu que as legislações nacionais (incluindo os tratados internacionais) não podiam ser aplicadas em violação das liberdades fundamentais<sup>261</sup>. Assumiu que o equilíbrio das convenções podia ser abalado, caso se permitisse uma extensão da sua aplicação, mas entendeu que o mercado único não podia ser colocado em causa<sup>262</sup> e remeteu o Tribunal para decisões como *Gottardo* e *Saint-Gobain*, justificando que, apesar de se tratar de tratados bilaterais, assentes numa base de reciprocidade, quando as liberdades fundamentais, garantidas pelo Direito da União Europeia, se colocam em causa, o alargamento do âmbito de aplicação de convenções pode ser a solução<sup>263</sup>.

### ***O Caso Marks & Spencer***

A análise do Advogado-Geral Miguel Poiars Maduro passou pela consideração de que, dada a ausência de harmonização comunitária, era importante preservar o equilíbrio entre as competências fiscais dos Estados-Membros e as imposições do mercado interno. Afinal, os Estados-Membros comprometeram-se a respeitar o Direito da União Europeia.

Partindo do pressuposto de que a legislação em causa configuraria uma restrição à saída, na medida em que era conferido um tratamento menos favorável às sociedades-mãe que detivessem filiais noutros Estados-Membros, analisou as suas possíveis justificações, tendo recusado liminarmente, face à jurisprudência assente do Tribunal de Justiça da União Europeia, a redução de receitas<sup>264</sup>.

O Advogado-Geral concluiu com a sugestão de que os artigos referentes à liberdade de estabelecimento não se opunham à legislação em análise, na medida em que proibiam uma sociedade-mãe, com filiais noutros Estados-Membros, de beneficiar do regime aplicável às

---

<sup>261</sup> Conclusões do Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-376/03, *D.* em 26 de outubro de 2004 (§97).

<sup>262</sup> Conclusões do Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-376/03, *D.* em 26 de outubro de 2004 (§101).

<sup>263</sup> Conclusões do Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-376/03, *D.* em 26 de outubro de 2004 (§105, 106).

<sup>264</sup> Conclusões do Advogado-Geral Miguel Poiars Maduro, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-446/03, *Marks & Spencer*, em 7 de abril de 2005 (§56).

sociedades com sucursais no estrangeiro; os mesmos artigos opunham-se à legislação em análise, na medida em que se impedia que uma sociedade estabelecida nesse Estado-Membro beneficiasse de uma dedução de grupo porque as suas filiais residiam noutros Estados-Membros, a menos que ficasse demonstrado que os prejuízos das filiais residentes noutros Estados-Membros não podiam ser tratados da mesma forma nesses Estados-Membros (seja na forma de transferência de prejuízos para um terceiro; seja na forma de reporte de prejuízos para outros exercícios)<sup>265</sup>.

### ***O Caso ACT***

Em resposta à primeira questão, o Advogado-Geral L. A. Geelhoed referiu que os artigos referentes à liberdade de estabelecimento e à livre circulação de capitais, não exigiam que, perante uma legislação em que se previa a concessão, por parte do Reino Unido, de um crédito de imposto total, relativamente a dividendos pagos por sociedades residentes nesse Estado a acionistas também ali residentes, o Reino Unido tivesse que conceder um crédito de imposto total ou parcial, quando os dividendos tivessem sido pagos por uma filial residente no Reino Unido a uma sociedade-mãe não residente, e esses dividendos não estivessem sujeitos a imposto sobre o rendimento no Reino Unido<sup>266</sup>.

A respeito da questão relativa à extensão da aplicação das convenções de dupla tributação celebradas entre o Reino Unido e outros Estados-Membros – a invocação do tratamento da nação mais favorecida – aos residentes noutros Estados-Membros, o Advogado-Geral demarcou as suas conclusões à luz da jurisprudência firmada no caso *D.*, entendendo que cada convenção encerrava uma repartição específica das competências fiscais dos Estados Contratantes, subjazendo a cada uma delas um equilíbrio e reciprocidade próprios que não podiam ser comprometidos. Considerou que os não residentes não se encontrariam em situações comparáveis<sup>267</sup>.

E, por fim, a propósito da análise da compatibilidade da regra de limitação de benefícios constante da convenção de dupla tributação celebrada entre o Reino Unido e os Países Baixos – de cuja aplicação emergia uma diferença de tratamento entre (a) sociedades residentes nos Países

---

<sup>265</sup> Conclusões do Advogado-Geral Miguel Poiares Maduro, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-446/03, *Marks & Spencer*, em 7 de abril de 2005 (§82, 83).

<sup>266</sup> Conclusões do Advogado-Geral L. A. Geelhoed, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, em 23 de fevereiro de 2006 (§91).

<sup>267</sup> Conclusões do Advogado-Geral L. A. Geelhoed, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, em 23 de fevereiro de 2006 (§95).

Baixos controladas por residentes nos Países Baixos ou noutros Estados-Membros com os quais os Países Baixos tivessem celebrado convenções e incluído nelas a concessão do crédito de imposto e (b) sociedades residentes nos Países Baixos controladas por residentes noutros Estados-Membros com os quais os Países Baixos não tivessem celebrado convenções ou, tendo celebrado convenções, não previram a concessão do crédito de imposto –, o Advogado-Geral reiterou os argumentos aduzidos a propósito do equilíbrio e da reciprocidade inerentes às convenções de dupla tributação, entendendo, por isso, que a liberdade de estabelecimento e a livre circulação de capitais não se opunham a tal tratamento<sup>268</sup>.

### ***O Caso Cadbury Schweppes***

Debruçado sobre a justificação de uma medida fiscal, suscetível de criar um obstáculo à liberdade de circulação, pela luta contra a evasão fiscal, o Advogado-Geral Philippe Léger referiu que a luta contra a evasão fiscal configurava uma razão imperiosa de interesse geral, embora tal justificação tivesse sido «*enquadrada por limites bastante apertados*»<sup>269</sup>. A legislação que se pretendesse justificar pela luta contra a evasão fiscal não poderia estar redigida em termos muito genéricos e deveria permitir uma análise casuística, recusando-se o exercício da liberdade quando, por detrás deste, estivessem esquemas artificiais, criados para fugir ao imposto<sup>270</sup>. A prática da liberdade de estabelecimento de forma abusiva devia ser provada à luz de elementos objetivos<sup>271</sup>.

O Advogado-Geral concluiu que a legislação em causa, através da inclusão dos lucros obtidos, pelas sociedades estrangeiras controladas, na matéria coletável da sociedade-mãe, impedia que a sociedade-mãe reduzisse os seus lucros tributáveis mediante o pagamento de prestações à sua filial, revelando-se assim adequada ao objetivo visado<sup>272</sup>.

A propósito da proporcionalidade da legislação em apreço, o Advogado-Geral referiu que seria importante que a presunção de abuso que nela se previa pudesse ser ilidida, limitando a

---

<sup>268</sup> Conclusões do Advogado-Geral L. A. Geelhoed, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, em 23 de fevereiro de 2006 (§100, 101).

<sup>269</sup> Conclusões do Advogado-Geral Philippe Léger, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-196/04, *Cadbury/Schweppes*, em 2 de maio de 2006 (§86, 87).

<sup>270</sup> Conclusões do Advogado-Geral Philippe Léger, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-196/04, *Cadbury/Schweppes*, em 2 de maio de 2006 (§92).

<sup>271</sup> Conclusões do Advogado-Geral Philippe Léger, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-196/04, *Cadbury/Schweppes*, em 2 de maio de 2006 (§118).

<sup>272</sup> Conclusões do Advogado-Geral Philippe Léger, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-196/04, *Cadbury/Schweppes*, em 2 de maio de 2006 (§125).

aplicação da lei aos esquemas puramente artificiais. Nestes termos, concluiu que os artigos referentes à liberdade de estabelecimento não se opunham à legislação em análise, caso a mesma se aplicasse somente quando se estivesse perante esquemas puramente artificiais, devendo permitir-se que o contribuinte provasse a autenticidade do exercício da sua liberdade<sup>273</sup>.

### ***O Caso SGI***

A Advogada-Geral iniciou a sua análise da legislação, à luz da liberdade de estabelecimento<sup>274</sup>. Notou que a legislação em apreço estava redigida de forma diferente, consoante se tratasse de uma sociedade beneficiária (do suprimento, concedido a título excecional ou gratuito, por uma sociedade nacional relacionada) com sede no mesmo Estado-Membro ou noutro<sup>275</sup>. Ademais, decorria daquele tratamento fiscal diferenciador, o risco de dupla tributação: na esfera da sociedade que concedia os suprimentos, e na esfera da sociedade que deles beneficiava<sup>276</sup>.

Relembrou que só razões imperiosas de interesse geral poderiam justificar tal restrição, devendo ainda demonstrar-se a adequação da legislação aos objetivos prosseguidos e a sua proporcionalidade. Considerando a legislação justificada pela repartição equilibrada de competências para tributar dos Estados-Membros e pela prevenção da evasão fiscal, importaria, por fim, averiguar da sua proporcionalidade<sup>277</sup>.

Assinalou, primeiramente, que ao abrigo do princípio da comparação com terceiros, os preços, demasiado baixos ou elevados, praticados entre as partes relacionadas deveriam ser considerados para efeitos fiscais, aumentando-se ou reduzindo-se, respetivamente<sup>278</sup>. E referiu que

---

<sup>273</sup> Conclusões do Advogado-Geral Philippe Léger, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-196/04, *Cadbury/Schweppes*, em 2 de maio de 2006 (§143, 151).

<sup>274</sup> Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-311/08, *SGI*, em 10 de setembro de 2009 (§38).

<sup>275</sup> Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-311/08, *SGI*, em 10 de setembro de 2009 (§42).

<sup>276</sup> Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-311/08, *SGI*, em 10 de setembro de 2009 (§50).

<sup>277</sup> Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-311/08, *SGI*, em 10 de setembro de 2009 (§73).

<sup>278</sup> Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-311/08, *SGI*, em 10 de setembro de 2009 (§75).

deveria dar-se ao contribuinte a possibilidade de este provar os seus motivos comerciais para a realização das transações<sup>279</sup>.

A Advogada-Geral concluiu dizendo que, apesar de a legislação em causa restringir a liberdade de estabelecimento, tal estaria justificado pela defesa da repartição equilibrada de competências para tributar entre os Estados-Membros, e pela prevenção da evasão fiscal.

### ***ALGUMAS CONSIDERAÇÕES***

Os Advogados-Gerais concluem, tendencialmente, pelo respeito do Direito da União Europeia, enquanto princípio basilar na atuação dos Estados, fazendo, regra geral, uma apologia da primazia do Direito da União Europeia (casos *Futura*, *Saint-Gobain*, *Baars*, *Metallgesellschaft E O.*, *Open Skies*).

A respeito do risco de elisão fiscal servir para justificar restrições às liberdades fundamentais, além de se ter concluído que o aproveitamento da existência dos vários ordenamentos jurídico-tributários não seria de se considerar abusivo, (caso *Centros*), os Advogados-Gerais assumem, por via de regra, uma posição bastante rigorosa, não só de forma a garantir que as legislações em análise visam efetivamente, e de forma adequada, evitar situações de evasão fiscal (caso *ICI*) e os esquemas puramente artificiais (casos *Lankhorst-Hohorst*, *Cadbury Schweppes*), como também para se certificarem das razões que levariam os contribuintes a realizar determinadas transações (casos *Marks & Spencer*, *Cadbury Schweppes*, *SGL*).

No que concerne à repartição equilibrada dos poderes de tributação entre os Estados, através da celebração de convenções de dupla tributação, os Advogados-Gerais seguem, tendencialmente, o entendimento de que uma extensão do âmbito de aplicação das convenções se pode justificar para garantir que o Direito da União Europeia seja respeitado, entendendo que, em certos casos, quando assegurar o cumprimento do Direito da União Europeia se consegue através da atuação de um só Estado, o equilíbrio e a reciprocidade das convenções não são abalados (casos *Saint-Gobain*, *Gottardo*, *D.*). Contrariamente a este entendimento, e por influência da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *D.*, aquando da análise do caso *ACT*, o Advogado-

---

<sup>279</sup> Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-311/08, *SGL*, em 10 de setembro de 2009 (§77).

Geral entendeu que a garantia do equilíbrio e da reciprocidade da convenção saíam comprometidos caso se alargasse o seu âmbito de aplicação.

### **3. AS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA**

#### ***O Caso Futura***

No caso *Futura*, a propósito de se entender a condição de haver uma contabilidade regular para que fosse permitida a transferência de perdas como uma medida, em princípio, proibida pela liberdade de estabelecimento, o Tribunal de Justiça da União Europeia referiu, no seu acórdão, que a eficácia dos controlos fiscais constituía uma razão imperiosa de interesse geral capaz de justificar uma restrição ao exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado<sup>280</sup>.

Para contrariar o argumento aduzido pela Comissão de que as autoridades fiscais do Luxemburgo poderiam recorrer à contabilidade de que o contribuinte dispunha no Estado onde detinha a sua sede, o Tribunal de Justiça da União Europeia veio esclarecer que, por não existir harmonização das regras nacionais, no que toca à determinação da matéria coletável dos impostos diretos, cada Estado-Membro poderia estabelecer as suas regras<sup>281</sup>.

E a propósito de se averiguar a necessidade daquela condição, o Tribunal de Justiça da União Europeia não deixou de notar que os contribuintes só seriam obrigados a manter uma contabilidade regular relativamente às atividades que desenvolviam no Luxemburgo, caso pretendessem vir a solicitar a transferência de perdas eventualmente suportadas em exercícios anteriores. Ora, por detrás desta condição ou imposição, estava a pretensão de se verificar se o montante de perdas alegado pelo contribuinte correspondia ao montante que havia sido efetivamente suportado por este, na sequência das suas atividades desenvolvidas no Luxemburgo. Posto isto atento o objetivo visado com aquela condição, a transferência de perdas não poderia ter sido recusada se o contribuinte tivesse demonstrado, de forma clara e precisa, o montante das perdas suportadas, ainda que não tivesse mantido e conservado, naquele Estado, uma contabilidade regular conforme se lhe exigia<sup>282</sup>.

---

<sup>280</sup> C-250/95, *Futura*, de 15 de maio de 1997 (§31).

<sup>281</sup> C-250/95, *Futura*, de 15 de maio de 1997 (§32 e 33).

<sup>282</sup> C-250/95, *Futura*, de 15 de maio de 1997 (§39).

O Tribunal de Justiça da União Europeia, em concordância com a Comissão, afirmou, ademais, que a Diretiva relativa à assistência mútua das autoridades competentes dos Estados-Membros no domínio dos impostos diretos permitia que um Estado-Membro (o Luxemburgo) pedisse às autoridades competentes de outro Estado-Membro (a França) todas as informações que entendessem necessárias e relevantes para chegar, assim, ao apuramento do montante correto do imposto, em concreto, das perdas suportadas pelo contribuinte no seu Estado<sup>283</sup>.

A conclusão do Tribunal de Justiça da União Europeia foi a de que a liberdade de estabelecimento não se opunha a que um Estado-Membro condicionasse a transferência de perdas, quando solicitada por um contribuinte não residente, aos casos em que existisse um nexo económico dessas perdas com os rendimentos obtidos nesse Estado, contanto que os contribuintes residentes não fossem tratados de forma mais favorável. No entanto, à luz da liberdade de estabelecimento, a transferência de perdas não devia estar dependente da existência de contabilidade regular nesse Estado, podendo o Estado-Membro em causa, por forma a verificar a veracidade e efetividade de tais perdas, exigir que o contribuinte não residente demonstrasse, de forma clara e precisa, o montante das perdas que indicasse ter suportado.

### ***O Caso ICI***

Em contradição face aos argumentos invocados pelo governo do Reino Unido, o Tribunal de Justiça da União Europeia veio elucidar, quanto ao risco de evasão fiscal, que a legislação *sub judice* não visava, em concreto, excluir de um benefício fiscal os esquemas puramente artificiais, e o exercício da liberdade de estabelecimento por uma sociedade fora do Reino Unido, não significaria, por si só, que existisse evasão fiscal. Afinal, a sociedade em questão ficaria, de qualquer forma, sujeita à legislação fiscal desse Estado de estabelecimento. E, no caso em análise, o risco de transferência de despesas existia, ainda que existisse apenas uma filial com sede noutro Estado-Membro que não o Reino Unido. Ademais, sobre a impossibilidade de compensar o benefício com a tributação, o Tribunal de Justiça da União Europeia referiu que a redução de receitas fiscais não constituía uma razão imperiosa de interesse geral<sup>284</sup>.

Em causa não estava, também, a coerência do sistema fiscal. Neste sentido, esclareceu o Tribunal de Justiça da União Europeia que a dedução fiscal que se concedia na esfera da sociedade

---

<sup>283</sup> C-250/95, *Futura*, de 15 de maio de 1997 (§39).

<sup>284</sup> C-264/96, *ICI*, de 16 de julho de 1998 (§26-28).



de consórcio relativamente às perdas suportadas pelas suas filiais com sede no Reino Unido, nada tinha que ver com a tributação dos lucros das suas filiais com sede fora desse Estado-Membro<sup>285</sup>.

Entendeu aquele douto Tribunal que a liberdade de estabelecimento se opunha a uma legislação como a que estava em causa nos autos.

### ***O Caso Centros***

O Tribunal de Justiça da União Europeia pronunciou-se, neste caso, esclarecendo que a intenção das partes de se esquivarem à aplicação de regras mais rigorosas para a criação de uma sociedade, usando assim da sua liberdade de estabelecimento para a constituição de uma sociedade no Reino Unido e subsequente criação de uma sucursal na Dinamarca, a partir da qual exerceria a sua atividade, não deixava de ser uma questão que implicasse uma análise de Direito da União Europeia, em concreto, da liberdade de estabelecimento. Relembrou aquele douto Tribunal que as sociedades podiam exercer a sua atividade noutros Estados-Membros, através de agências, sucursais ou filiais, sendo a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal, indicativos da sua ligação à ordem jurídica de um determinado Estado-Membro<sup>286</sup>.

Ademais, e importa realçar este aspeto, o Tribunal de Justiça da União Europeia precisou que o facto de, no Reino Unido, a sociedade que havia sido constituída não ter ainda exercido qualquer atividade, pretendendo exercer as suas atividades apenas no Estado-Membro onde se criaria a sua sucursal, na Dinamarca, não significaria, sem mais, que existisse um comportamento motivado pelo abuso e pela fraude, e que, por isso, justificasse a atuação da Dinamarca ao restringir o exercício do direito de estabelecimento<sup>287</sup>.

Sobre a justificação de tal medida, cumpria verificar se as quatro condições, *i.e.* a não discriminação, justificação por razões imperiosas de interesse geral, adequação e proporcionalidade, estariam preenchidas<sup>288</sup>. Nesta medida, pronunciou-se aquele doutro Tribunal no sentido de que a medida não era adequada à finalidade que prosseguia porque, caso a sociedade tivesse exercido uma atividade no Reino Unido, o registo da sucursal na Dinamarca já seria

---

<sup>285</sup> C-264/96, *ICI*, de 16 de julho de 1998 (§29).

<sup>286</sup> C-212/97, *Centros*, de 9 de março de 1999 (§18, 20).

<sup>287</sup> C-212/97, *Centros*, de 9 de março de 1999 (§29).

<sup>288</sup> C-212/97, *Centros*, de 9 de março de 1999 (§34).

permitido e os credores ficariam, da mesma forma, desprotegidos<sup>289</sup>. Ademais, sabendo que se trataria de uma sociedade de direito inglês, os credores deduziriam que esta estaria sujeita a uma legislação diferente da lei dinamarquesa aplicável<sup>290</sup>. Como medidas menos penalizadoras do direito ao estabelecimento, apontou-se a possibilidade de os credores públicos obterem garantias<sup>291</sup>. O Tribunal de Justiça da União Europeia acabou por concluir que a Dinamarca poderia sempre tomar medidas adequadas a prevenir ou sancionar eventuais fraudes, mas nunca através da recusa de registo de uma sucursal de uma sociedade com sede noutro Estado-Membro, por estar em causa o exercício da liberdade de estabelecimento garantida pelo Direito da União Europeia<sup>292</sup>.

### ***O Caso Saint-Gobain***

Refere o Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso *Saint-Gobain*, que as sociedades são livres de exercerem o seu direito de estabelecimento através de uma filial, sucursal ou agência, e que a sede é meramente indicativa da sua subordinação à ordem jurídica de um Estado<sup>293</sup>.

Sendo a sua incumbência verificar se a recusa na concessão daqueles benefícios fiscais, aos estabelecimentos estáveis de sociedades de direito francês, configuraria um tratamento menos favorável do que o que era dado às filiais alemãs de sociedades francesas, o tribunal *a quo* entendeu que a liberdade de estabelecimento estaria a ser violada. Ademais, as situações das sociedades residentes e das sociedades não residentes não só eram comparáveis, como a única diferença residia precisamente na concessão dos benefícios. Na verdade, as sociedades não residentes, com estabelecimentos estáveis na Alemanha, estavam sujeitas a uma obrigação fiscal que incidia, não só sobre os rendimentos e o património, como também sobre os dividendos de fonte estrangeira e sobre participações em sociedades de capitais estrangeiras<sup>294</sup>.

Relativamente à perda de receitas, veio aquele Tribunal reafirmar que tal justificação não poderia ser considerada como uma razão imperiosa de interesse geral suscetível de justificar um tratamento discriminatório e incompatível com a liberdade de estabelecimento garantida pelo

---

<sup>289</sup> C-212/97, *Centros*, de 9 de março de 1999 (§35).

<sup>290</sup> C-212/97, *Centros*, de 9 de março de 1999 (§36).

<sup>291</sup> C-212/97, *Centros*, de 9 de março de 1999 (§37).

<sup>292</sup> C-212/97, *Centros*, de 9 de março de 1999 (§38).

<sup>293</sup> C-307/97, *Saint Gobain*, de 21 de setembro de 1999 (§35, 36).

<sup>294</sup> C-307/97, *Saint Gobain*, de 21 de setembro de 1999 (§49).

Direito da União Europeia<sup>295</sup>. E, a respeito da vantagem no repatriamento dos lucros, notou-se que uma diferença de tratamento que violasse o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, não poderia encontrar justificação noutras vantagens que pudessem eventualmente ser garantidas<sup>296</sup>.

Em resposta ao argumento aduzido pelo governo alemão de que as convenções bilaterais de dupla tributação celebradas entre um país terceiro e um Estado-Membro seriam da competência dos Estados-Membros, deixou-se claro, no acórdão em análise, que, nesta matéria, os Estados-Membros gozavam de liberdade para determinar a repartição das suas competências fiscais, não podendo, porém, desrespeitar as regras instituídas ao nível comunitário, estando os Estados-Membros sempre sujeitos ao respeito pelo Direito da União Europeia<sup>297</sup>.

Por último, em resposta ao argumento invocado pelo governo sueco, uma vez que não se trouxe à colação o risco de não tributação dos lucros, não se considerou pertinente analisá-lo no âmbito do processo *sub judice*.

A decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia foi a de que a liberdade de estabelecimento se opunha àquela recusa na concessão dos benefícios fiscais.

### ***O Caso Baars***

Nos autos em referência, o Tribunal de Justiça da União Europeia começou por referir que a tributação direta, enquanto competência dos Estados-Membros, não devia ser exercida em desrespeito pelo Direito da União Europeia. Tratando-se, *in casu*, de um nacional com uma participação social de 100% do capital de uma sociedade com sede noutro Estado-Membro, não havia margem para dúvidas quanto à análise da medida restritiva à luz da liberdade de estabelecimento. Neste sentido, explicou o Tribunal o âmbito da liberdade de estabelecimento, liberdade essa que afirmou estar sempre em causa quando um nacional detivesse uma participação que lhe permitisse exercer uma «*influência certa*» sobre as decisões de uma sociedade permitindo-lhe determinar as suas atividades<sup>298</sup>.

---

<sup>295</sup> C-307/97, *Saint Gobain*, de 21 de setembro de 1999 (§51).

<sup>296</sup> C-307/97, *Saint Gobain*, de 21 de setembro de 1999 (§54).

<sup>297</sup> C-307/97, *Saint Gobain*, de 21 de setembro de 1999 (§57, 58).

<sup>298</sup> C-251/98, *Baars*, de 13 de abril de 2000 (§17, 21, 22).

No que concerne à justificação da coerência do sistema fiscal holandês, invocada por aquele governo, o Tribunal de Justiça da União Europeia referiu que, embora a necessidade de garantir a coerência do regime fiscal fosse suscetível de justificar uma legislação que restringisse as liberdades fundamentais, no caso sob escrutínio, a tributação não incidia sobre o lucro distribuído aos acionistas sob a forma de dividendos, mas antes incidia sobre o património dos acionistas através do valor das suas participações numa sociedade. Além disso, não existia um nexo direto entre a dedução a conceder e a tributação dos dividendos, uma vez que em causa estavam tributações diferentes para contribuintes diferentes. Assim, o facto de as sociedades com sede nos Países Baixos estarem sujeitas nesse Estado-Membro a imposto sobre as sociedades, enquanto as sociedades com sede noutro Estado-Membro não o estavam, não relevava para que se decidisse conceder a dedução em sede de imposto sobre o património aos acionistas. Por tudo o que se expôs, a liberdade de estabelecimento opunha-se a tal formulação legal<sup>299</sup>.

### ***O Caso Metallgesellschaft E O.***

Em resposta à argumentação aduzida pelos governos do Reino Unido, da Holanda e da Finlândia, esclareceu-se, nos autos, que o ACT não configurava um imposto sobre os dividendos, mas antes um pagamento antecipado do imposto sobre as sociedades e que, por isso, não estaria em causa a tributação (ou, em rigor, a falta dela) dos rendimentos pagos na forma de dividendos. Uma filial residente no Reino Unido cuja sociedade-mãe fosse residente fora daquele Estado estaria, na mesma forma, sujeita ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, pelo que, a concessão do benefício em causa, nesta última situação, consubstanciaria apenas um benefício de tesouraria para as filiais residentes de sociedades-mãe não residentes, benefício esse de que gozavam as filiais residentes de sociedades-mãe residentes<sup>300</sup>.

Apelando à lógica, referiu-se, ainda, que não faria sentido obrigar uma sociedade-mãe a pagar (antecipadamente) um imposto do qual ela nunca seria devedora, já que estaria sujeita ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas no Estado onde estava estabelecida<sup>301</sup>. Por isso, não faria também sentido invocar, nesta sede, o risco de evasão fiscal. Além disso, a perda de receitas que poderia eventualmente resultar da concessão do benefício às filiais residentes de

---

<sup>299</sup> C-251/98, *Baars*, de 13 de abril de 2000 (§37-41).

<sup>300</sup> C-397/98, *Metallgesellschaft E O.*, de 8 de março de 2001 (§52-54).

<sup>301</sup> C-397/98, *Metallgesellschaft E O.*, de 8 de março de 2001 (§55, 56).

sociedades-mãe não residentes, não configuraria uma razão imperiosa de interesse geral capaz de justificar uma medida incompatível com a liberdade de estabelecimento. A diferença de tratamento entre as filiais residentes de sociedades-mãe residentes e as filiais residentes de sociedades-mãe não residentes, não poderia ser sequer justificada pela diferença de regime aplicável às sociedades-mãe, já que todas as filiais estavam, impreterivelmente, sujeitas ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, relativamente aos seus lucros<sup>302</sup>.

Relativamente ao argumento aduzido pelo Reino Unido de que, à luz da coerência fiscal, a autorização da exoneração do ACT pelo pagamento de dividendos pela filial residente à sua sociedade-mãe não residente, resultaria na não cobrança de qualquer imposto sobre o pagamento daqueles dividendos, o tribunal não o colheu, por entender que não estaria em causa a coerência do sistema fiscal. A recusa em reconhecer às filiais residentes no Reino Unido de sociedades-mãe não residentes, a opção de tributação de grupo (dispensando-as do pagamento do ACT) não estava ligada à não tributação em imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas das sociedades-mãe não residentes que recebessem dividendos das suas filiais no Reino Unido. Nenhuma das sociedades-mãe, *i.e.*, residentes e não residentes, pagava imposto sobre o rendimento no Reino Unido, pelos dividendos recebidos de filiais residentes. No Reino Unido, uma sociedade-mãe não residente estava sujeita a imposto sobre o rendimento pelos dividendos pagos pela sua filial residente, somente se lhe fossem concedidos créditos fiscais, o que não era o caso. Além disso, apontou-se a dispensabilidade daquele ACT, na medida em que aquele acabou por ser revogado. Nestes termos, concluiu o Tribunal de Justiça da União Europeia que a liberdade de estabelecimento se opunha à legislação em apreço<sup>303</sup>.

### ***O Caso Gottardo***

Neste caso, o Tribunal iniciou a sua apreciação recordando a jurisprudência exarada a respeito de convenções internacionais bilaterais, lembrando o respeito pelo Direito da União Europeia a que estão sujeitos os Estados-Membros, ainda que em matéria de tributação direta. Ao abrigo do princípio da igualdade de tratamento, deviam os Estados-Membros tratar os nacionais

---

<sup>302</sup> C-397/98, *Metallgesellschaft E O.*, de 8 de março de 2001 (§60).

<sup>303</sup> C-397/98, *Metallgesellschaft E O.*, de 8 de março de 2001 (§69-75).

de outros Estados-Membros da mesma forma que tratassem os seus próprios nacionais, salvo se um tratamento diferenciado se justificasse objetivamente<sup>304</sup>.

No que respeita ao equilíbrio e reciprocidade inerentes a uma convenção internacional bilateral, ainda que tal pudesse constituir uma justificação objetiva para a recusa da aplicação da convenção *in casu*, não se provou que tal extensão colocaria em risco as negociações celebradas entre os Estados Contratantes. O Tribunal de Justiça da União Europeia concluiu que, na situação sob escrutínio, as autoridades italianas deveriam conceder à cidadã francesa um tratamento igual ao que dariam aos seus nacionais, aplicando-se-lhe a convenção celebrada entre a Itália e a Suíça<sup>305</sup>.

### ***(Um dos) Casos Open Skies***

A apreciação do Tribunal de Justiça da União Europeia passou pela análise de três aspectos, a saber: i) aplicabilidade do artigo 351.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia; ii) violação do artigo referente à liberdade de estabelecimento; iii) justificação por razões de ordem pública.

Por aquela ordem, referiu o Tribunal que, sendo o 351.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aplicável aos acordos ou convenções celebrados pelo Reino Unido, antes da sua entrada para a União Europeia, e resultando a cláusula discriminatória em apreço de um acordo novo, posterior à sua entrada na União Europeia, o artigo não seria de se aplicar no caso concreto<sup>306</sup>.

À luz do artigo referente à liberdade de estabelecimento, este que seria, sim, aplicável ao caso em apreço, os Estados-Membros deviam respeito ao Direito da União Europeia, ainda que se tratasse de matérias das suas competências, pelo que a celebração e aplicação do Acordo Bermuda II representou o incumprimento, por parte do Reino Unido, das obrigações que se lhe impunham à luz da liberdade de estabelecimento<sup>307</sup>.

Sobre a justificação de tal tratamento ter por base a ordem pública, o Tribunal de Justiça da União Europeia explicou que teria de existir uma «*ameaça real e suficientemente grave que*

---

<sup>304</sup> C-55/00, *Gottardo*, de 15 de janeiro de 2002 (§32-34).

<sup>305</sup> C-55/00, *Gottardo*, de 15 de janeiro de 2002 (§36-39).

<sup>306</sup> C-466/98, *Comissão vs. Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte*, de 5 de novembro de 2002 (§29).

<sup>307</sup> C-466/98, *Comissão vs. Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte*, de 5 de novembro de 2002 (§52).

[afetasse] *um interesse fundamental da sociedade*<sup>308</sup>». A recusa na concessão de licenças de exploração ou de autorizações técnicas, não estava prevista para as situações que representassem uma ameaça para a ordem pública. Por tudo isto, decidiu que a celebração e aplicação do Acordo Bermuda II, por parte do Reino Unido, espelharam o incumprimento das suas obrigações relativas à liberdade de estabelecimento.

### ***O Caso Lankhorst-Hohorst***

Sobre a restrição introduzida pela medida alemã – tributar os juros pagos a título de remuneração de capitais externos, por filiais alemãs, às suas sociedades-mãe não residentes, contrariamente às situações em que os juros seriam pagos às sociedades-mãe residentes – o Tribunal de Justiça da União Europeia começou por referir que o facto de a tributação direta ser da competência dos Estados-Membros, tal não os exonerava de exercer essa competência em respeito pelo Direito da União Europeia, concretamente abstendo-se de qualquer discriminação fundada na nacionalidade<sup>309</sup>.

Enquanto as sociedades-mãe residentes beneficiavam de créditos de imposto – salvo as pessoas coletivas de direito alemão que estavam isentas de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas e, por isso, também excluídas do crédito – as sociedades-mãe não residentes não beneficiavam de quaisquer créditos<sup>310</sup>. Assim, os juros pagos por uma filial residente a uma sociedade-mãe residente, que beneficiava do crédito de imposto, eram tratados como despesas e não como dividendos.

Ainda que, conforme o governo alemão alegou, os juros fossem tratados como dividendos quando a sociedade-mãe (embora residente) tivesse fornecido uma carta de garantia, continuava a existir um tratamento diferenciado com base na sede da sociedade-mãe, tratamento esse que obstaculizava a liberdade de estabelecimento tornando menos apelativo o exercício dessa liberdade pelas sociedades estabelecidas noutros Estados-Membros<sup>311</sup>.

Assim, a medida teria que prosseguir um objetivo legítimo e compatível com o Direito da União Europeia, justificando-se por razões imperiosas de interesse geral, tendo que ser adequada

---

<sup>308</sup> C-466/98, *Comissão vs. Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte*, de 5 de novembro de 2002 (§57).

<sup>309</sup> C-324/00, *Lankhorst Hohorst*, de 12 de dezembro de 2002 (§26).

<sup>310</sup> C-324/00, *Lankhorst Hohorst*, de 12 de dezembro de 2002 (§28).

<sup>311</sup> C-324/00, *Lankhorst Hohorst*, de 12 de dezembro de 2002 (§31, 32).

e proporcional<sup>312</sup>. O Tribunal lembrou que a perda de receitas não constituía uma daquelas razões. Quanto ao risco de evasão fiscal, esclareceu que a medida não visava, especificamente, recusar um benefício fiscal para evitar os esquemas puramente artificiais, mas antes qualquer situação em que uma sociedade-mãe tivesse sede noutro Estado-Membro que não a Alemanha<sup>313</sup>. E, no que respeita à coerência do regime fiscal, o Tribunal referiu que tal podia justificar uma restrição à liberdade de estabelecimento embora, *in casu*, não se considerasse a medida assim justificada, uma vez que à filial de uma sociedade-mãe não residente que estava sujeita a um tratamento fiscal desfavorável, não lhe tinha sido apontada qualquer vantagem que lhe compensasse tal tratamento<sup>314</sup>. Relativamente à eficácia dos controlos fiscais, não se demonstrou que a medida servisse para controlar os rendimentos tributáveis<sup>315</sup>. Por todo o exposto, decidiu o Tribunal que a liberdade de estabelecimento se opunha à medida alemã.

### ***O Caso D.***

No caso *D.* o Tribunal de Justiça da União Europeia começou por afirmar que as situações dos residentes e dos não residentes, em matéria de tributação sobre o património, não seriam comparáveis, na medida em que a parte substancial da fortuna de *D.* estava efetivamente alocada ao seu país de residência, a Alemanha, não devendo ser o Estado-Membro onde detém apenas uma parte da sua fortuna a conceder-lhe vantagens nos mesmos termos em que concede aos seus residentes<sup>316</sup>.

Sobre a situação de *D.* e a situação de um cidadão belga que, nas mesmas condições que *D.*, poderia beneficiar do abatimento graças à aplicação da convenção entre os Países Baixos e a Bélgica, o Tribunal de Justiça da União Europeia referiu que a situação de um residente na Bélgica não era comparável à de um cidadão que residisse fora da Bélgica. Os abatimentos concedidos por aquela convenção não podiam, simplesmente, aplicar-se a um residente de um Estado-Membro alheio àquela convenção, sob pena de se colocar em causa o equilíbrio da mesma<sup>317</sup>.

---

<sup>312</sup> C-324/00, *Lankhorst Høhorst*, de 12 de dezembro de 2002 (§33).

<sup>313</sup> C-324/00, *Lankhorst Høhorst*, de 12 de dezembro de 2002 (§37).

<sup>314</sup> C-324/00, *Lankhorst Høhorst*, de 12 de dezembro de 2002 (§42).

<sup>315</sup> C-324/00, *Lankhorst Høhorst*, de 12 de dezembro de 2002 (§43).

<sup>316</sup> C-376/03, *D.*, de 5 de julho de 2005 (§41-43).

<sup>317</sup> C-376/03, *D.*, de 5 de julho de 2005 (§61,62).



Concluiu aquele Tribunal, contrariamente às conclusões formuladas pelo Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, que os artigos referentes à livre circulação de capitais não se opunham à legislação holandesa em matéria de impostos sobre o património, nem ao facto de a convenção celebrada entre os Países Baixos e a Bélgica não ser aplicada à situação de um residente noutro Estado-Membro que não um dos Estados Contratantes.

### ***O Caso Marks & Spencer***

O Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu a medida inglesa justificada pelas três razões invocadas pelos Estados, consideradas em conjunto, e adequadas. Entendeu que permitir que as sociedades pudessem optar por deduzir prejuízos no Estado-Membro do seu estabelecimento ou noutro Estado-Membro, poderia comprometer a repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados-Membros<sup>318</sup>. Quanto ao risco de dupla dedução de prejuízos, referiu que os Estados-Membros deviam poder evitá-lo, nomeadamente através da exclusão da dedução de prejuízos de filiais não residentes<sup>319</sup>. A respeito da evasão fiscal, explicou que, sem aquela exclusão, os grupos poderiam manipular as suas contas por forma a alocar prejuízos em Estados-Membros onde a tributação fosse mais elevada<sup>320</sup>.

No que respeita à proporcionalidade, o Tribunal referiu que seria de considerar que a medida restritiva ultrapassava o necessário para atingir as finalidades acima previstas, quando «*por um lado, a filial não residente [tivesse esgotado] as possibilidades de dedução dos prejuízos existentes no seu Estado de residência para o exercício fiscal relativo ao pedido de dedução bem como para os exercícios fiscais anteriores e, por outro, [não houvesse] possibilidade de dedução desses prejuízos no seu Estado de residência a título dos exercícios futuros, nem por si própria nem por um terceiro, nomeadamente no caso de a filial ser cedida a esse terceiro*», considerando-se, nesta medida, e só nesta medida, contrária à liberdade de estabelecimento<sup>321</sup>.

### ***O Caso ACT***

No caso em análise, o Tribunal de Justiça da União Europeia, em resposta às questões que lhe foram formuladas, referiu que a legislação de um Estado-Membro como a do Reino Unido, nos

---

<sup>318</sup> C-446/03, *Marks & Spencer*, de 13 de dezembro de 2005 (§46).

<sup>319</sup> C-446/03, *Marks & Spencer*, de 13 de dezembro de 2005 (§47, 48).

<sup>320</sup> C-446/03, *Marks & Spencer*, de 13 de dezembro de 2005 (§49).

<sup>321</sup> C-446/03, *Marks & Spencer*, de 13 de dezembro de 2005 (§59).

termos da qual, aquando das distribuições de lucros por sociedades residentes, se concedia um crédito imposto – que correspondia à fração do imposto sobre as sociedades previamente paga pela sociedade geradora dos lucros –, apenas às sociedades beneficiárias residentes, estando a concessão desse crédito reservada para os acionistas finais residentes, não constituía uma discriminação proibida pelos artigos referentes à liberdade de estabelecimento e à livre circulação de capitais<sup>322</sup>.

E, relativamente à segunda questão colocada, a propósito da alegada diferença de tratamento das sociedades não residentes no Reino Unido em virtude de as convenções de dupla tributação celebradas entre aquele Estado-Membro e outros Estados-Membros, permitirem que o crédito de imposto fosse concedido a sociedades residentes em determinados Estados-Membros e não aos demais, o Tribunal de Justiça da União Europeia veio esclarecer que a aferição da discriminação patente em tal diferença de tratamento implicaria que se averiguasse se as sociedades não residentes estariam numa situação comparável<sup>323</sup>. Trouxe à colação o caso *D.*, que já aqui tivemos oportunidade de analisar, para referir que as convenções de dupla tributação seriam aplicáveis às pessoas singulares ou coletivas que nelas se referissem, não podendo destacar-se as vantagens nelas previstas, para que se aplicassem a pessoas que não constassem do seu âmbito de aplicação<sup>324</sup>. No mesmo sentido, baseando-se nas ideias de equilíbrio e reciprocidade que caracterizam as convenções de dupla tributação, o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que a regra de limitação de benefícios não seria contrária às liberdades em discussão<sup>325</sup>.

### ***O Caso Cadbury Schweppes***

O contributo do Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso em apreço assentou, sobretudo, em considerações acerca do que se consideraria a utilização abusiva da liberdade de estabelecimento. Assumindo que os Estados-Membros não podiam ‘escapar’ à aplicação da sua legislação nacional, não deixou de referir, em linha com o que já havia decidido no caso *Centros*, que a constituição de uma sociedade num Estado-Membro onde a legislação é mais vantajosa, não significa, *a priori*, que a liberdade de estabelecimento esteja a ser utilizada de forma abusiva<sup>326</sup>.

---

<sup>322</sup> C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, de 12 de dezembro de 2006 (§72).

<sup>323</sup> C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, de 12 de dezembro de 2006 (§83).

<sup>324</sup> C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, de 12 de dezembro de 2006 (§84, 88).

<sup>325</sup> C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, de 12 de dezembro de 2006 (§89-93).

<sup>326</sup> C-196/04, *Cadbury/Schweppes*, de 12 de setembro de 2006 (§37).

Partindo do pressuposto de que a legislação em análise, relativa às sociedades estrangeiras controladas, implicava que as sociedades residentes fossem tratadas de forma diferente, com base no nível de tributação incidente sobre a sociedade que controlavam, havia pois que averiguar se tal se justificaria por razões imperiosas de interesse geral, se seria adequado e proporcional<sup>327</sup>.

O Tribunal referiu que a legislação em apreço poderia ser justificada se estivesse pensada especificamente para os esquemas puramente artificiais, sem qualquer realidade económica<sup>328</sup>. Ora, a legislação permitia impedir práticas onde o objetivo era evitar o imposto que seria, de outra forma, devido relativamente aos lucros auferidos pelas atividades realizadas no território nacional<sup>329</sup>. Estavam previstas exceções para quando em causa não estivessem esquemas puramente artificiais. Em concreto, quando a distribuição de quase todos os lucros de uma sociedade estrangeira controlada fosse realizada em benefício de uma sociedade residente, entendia-se não haver intenção de fuga ao imposto; quando as sociedades estrangeiras controladas desenvolviam atividades comerciais, entendia-se não haver um expediente artificial. Ademais, quando nenhuma das exceções estivesse verificada, poderia fazer-se o teste da intenção, demonstrando-se que: (a) não tinha sido o principal ou um dos principais objetivos das transações realizadas, a diminuição significativa do imposto no Reino Unido; (b) não tinha sido a principal ou uma das razões principais com a constituição de sociedades estrangeiras controladas, a obtenção de uma redução do imposto resultante do desvio de lucros<sup>330</sup>. Com efeito, o Tribunal esclareceu que para se averiguar da existência de esquemas puramente artificiais, teria que se atentar o elemento subjetivo (a intenção de obter uma vantagem fiscal), mas também o elemento objetivo<sup>331</sup>. Desta forma, caso se concluísse que as sociedades estrangeiras controladas não passavam de uma ‘fachada’, então deveria considerar-se que a sua criação configurava um esquema puramente artificial<sup>332</sup>.

---

<sup>327</sup> C-196/04, *Cadbury/Schweppes*, de 12 de setembro de 2006 (§44, 47).

<sup>328</sup> C-196/04, *Cadbury/Schweppes*, de 12 de setembro de 2006 (§55).

<sup>329</sup> C-196/04, *Cadbury/Schweppes*, de 12 de setembro de 2006 (§59).

<sup>330</sup> C-196/04, *Cadbury/Schweppes*, de 12 de setembro de 2006 (§62).

<sup>331</sup> C-196/04, *Cadbury/Schweppes*, de 12 de setembro de 2006 (§64).

<sup>332</sup> C-196/04, *Cadbury/Schweppes*, de 12 de setembro de 2006 (§68).

O Tribunal deixou, assim, bem claro que era importante que se permitisse que a sociedade residente demonstrasse a veracidade e a ausência de artificialidade subjacente ao exercício da sua liberdade de estabelecimento através da constituição de filiais noutros Estados<sup>333</sup>.

### ***O Caso SGI***

A análise do Tribunal fez-se à luz da liberdade de estabelecimento<sup>334</sup>. Referiu-se, nos autos, que se estaria perante uma restrição àquela liberdade quando uma legislação permitisse que o exercício da mesma fosse restringido, ainda que não se demonstrasse que a legislação em causa dissuadiu as sociedades de exercer o seu direito de adquirir, criar ou manter filiais noutro Estado<sup>335</sup>.

No que respeita à justificação da legislação aqui em causa, o Tribunal assumiu que, sem a tributação dos suprimentos concedidos, a título excecional ou gratuito, por sociedades residentes a sociedades estabelecidas noutros Estados-Membros, a repartição equilibrada da competência dos Estados-Membros para tributar, sairia comprometida<sup>336</sup>.

Relativamente à prevenção da evasão fiscal, o Tribunal lembrou que tal justificação só serviria quando a legislação estivesse prevista para os esquemas puramente artificiais, embora tenha admitido que quando tal não se verificasse, poderia considerar-se igualmente justificada se o objetivo de prevenir a evasão fiscal se conjugasse com o objetivo de preservar a repartição equilibrada de competência dos Estados-Membros para tributar<sup>337</sup>.

O Tribunal considerou que a legislação em apreço prosseguia objetivos legítimos, devidamente justificados e era adequada aos mesmos. Cumpria, pois, verificar se seria proporcional, lembrando que as medidas deveriam permitir que o contribuinte demonstrasse as razões comerciais que circundaram as transações realizadas, e que, caso se concluísse que as transações foram realizadas em desrespeito pelo princípio da independência, aplicar-se-ia a medida fiscal em causa somente à parte excedente, por força daquele princípio<sup>338</sup>. A decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia foi a de que a legislação em causa era proporcional, pelo que os artigos referentes à liberdade de estabelecimento não se lhe opunham, remetendo para o órgão

---

<sup>333</sup> C-196/04, *Cadbury/Schweppes*, de 12 de setembro de 2006 (§70).

<sup>334</sup> C-311/08, *SGI*, de 21 de janeiro de 2010 (§37).

<sup>335</sup> C-311/08, *SGI*, de 21 de janeiro de 2010 (§50).

<sup>336</sup> C-311/08, *SGI*, de 21 de janeiro de 2010 (§64).

<sup>337</sup> C-311/08, *SGI*, de 21 de janeiro de 2010 (§66).

<sup>338</sup> C-311/08, *SGI*, de 21 de janeiro de 2010 (§71, 72).

jurisdicional de reenvio a verificação de que a legislação não excedia o necessário para atingir os seus objetivos, considerados em conjunto.

### *ALGUMAS CONSIDERAÇÕES*

Da análise à panóplia de acórdãos eleitos para a abordagem deste tema, destacamos, desde logo, um ponto que a todos é comum: indagar sobre as discriminações ou restrições à liberdade de estabelecimento e à livre circulação de capitais.

À luz do que aqui se expôs, podemos afirmar que apesar das restrições que possam advir em resultado da aplicação de uma cláusula de limitação de benefícios, elas poderão ver-se justificadas por razões imperiosas de interesse geral, devendo ainda ser adequadas aos objetivos que prossigam, e proporcionais.

Gostaríamos, nesta sede, de destacar a repartição equilibrada de competências de tributação entre os Estados-Membros, bem como a luta contra a elisão fiscal. Não nos parece que o equilíbrio e a reciprocidade inerentes às convenções de dupla tributação possam justificar, por si só, a aplicação de cláusulas de limitação de benefícios, até porque são argumentos válidos no contexto da aplicação da cláusula da nação mais favorecida que, como já vimos, implica um raciocínio diferente.

Considerando a jurisprudência exarada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, no domínio do abuso, há que considerar que uma legislação suscetível de restringir as liberdades fundamentais do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, poderá ser justificada pela prevenção da elisão fiscal se for especificamente pensada e redigida para combater os esquemas puramente artificiais, averiguando-se da existência do abuso no caso concreto, permitindo-se ao contribuinte demonstrar que houve razões comerciais para a prática das transações (casos *Lankhorst-Hohorst*, *Cadbury Schweppes*).

O Tribunal reconheceu que o aproveitamento de legislações mais favoráveis não seria de se considerar, *a priori*, um comportamento abusivo (caso *Centros*), embora tenha também admitido o mero risco de elisão fiscal como justificação para uma medida restritiva (caso *Marks & Spencer*).

Atendendo a que as cláusulas de limitação de benefícios foram criadas e são aplicadas, em princípio, para combater o *treaty shopping*, é a luta contra a elisão fiscal que preside no recurso a estes instrumentos. Porém, conforme vimos anteriormente, este tipo de cláusulas é composto por testes que, além de não visarem evitar os esquemas puramente artificiais, assentam em presunções de abuso, em princípio, inilidíveis. Sabemos que, caso a cláusula de limitação de benefícios não tenha sido pensada e redigida especificamente para combater os esquemas puramente artificiais, ela poderá, contudo, ser justificada pela repartição equilibrada de competências e pelo combate à elisão fiscal, considerados em conjunto (caso *SGI*). É certo que a cláusula de discricionariedade pode elucidar naquela aplicação cega dos testes que as cláusulas de limitação de benefícios, em regra, preveem, assentado em presunções de abuso. Contudo, o papel das autoridades competentes no uso amplo da sua discricionariedade será fulcral – ainda que perigoso pela incerteza que gera – para se poder vir a considerar, caso a caso, uma cláusula de limitação de benefícios compatível com as liberdades garantidas pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia<sup>339</sup>.

#### **4. EXISTIRÁ UMA NOVA LINHA DE ARGUMENTAÇÃO APÓS A CONVENÇÃO MULTILATERAL E O PLANO BEPS?**

O percurso jurisprudencial levado a cabo pelos argumentos dos Estados, pelos olhares atentos e meticolosos dos Advogados-Gerais e pelas decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia levam-nos a crer que existem argumentos razoáveis para se afirmar que as regras de limitação de benefícios, apesar de permitirem restrições às liberdades fundamentais do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, podem ser justificadas pela luta contra a elisão fiscal nos moldes que vimos *supra*<sup>340</sup>.

---

<sup>339</sup> Seguimos de perto o entendimento de Filip Debelva, Dina Scornos, Jan Van den Berghen & Pieter Van Brabant, *LOB Clauses and EU-Law Compatibility: A Debate Revived by BEPS?*, EC TAX REVIEW, (2015/3), (páginas 132-143); Veja-se, também, Blazej Kuzniacki, *The Limitation on Benefits Provision in BEPS Action 6/Multilateral Instrument: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 2*, INTERTAX, Volume 46, Issue 2, (2018), (páginas 124-139), (páginas 131-135).

<sup>340</sup> Alheio a preocupações de respeito pelo Direito da União Europeia está, por exemplo, o México que tem vindo a aumentar a sua rede de convenções, inserindo cláusulas de limitação de benefícios inspiradas na que se sugere na Ação 6 do Plano BEPS. Assim nos contam David Cuellar & Nidia Sanchez, *Limitation of benefits and anti-abuse rules in Mexico's tax agreements*, International Tax Review, April, (2015), (páginas 43 e 44); Também, na sequência da divulgação do plano de ação BEPS, foi incluída uma cláusula de limitação de benefícios bem como uma cláusula do objetivo principal, na convenção celebrada entre a Alemanha e a Austrália. Assim nos dão a conhecer Ludmilla Maurer, Christian Port, Tom Roth & John Walker, *A Brave New Post-BEPS World: New Double*

O Plano BEPS e a Convenção Multilateral marcam a tendência na utilização destas regras para evitar cenários de elisão fiscal. Elas (re)surgem, assim, num contexto de combate ao *treaty shopping* que, é verdade que preocupa os Estados pela perda de receitas que o fenómeno comporta – e sabe-se que a perda de receitas fiscais não pode justificar restrições às liberdades fundamentais –, mas que, sobretudo, se pretende evitar para garantir que situações de baixa ou nenhuma tributação proliferem. De acordo com PHILIP BAKER<sup>341</sup>, o Tribunal de Justiça da União Europeia, apesar “do seu papel de guardião das liberdades sobre as quais repousa a construção do mercado único: a liberdade de circulação de mercadorias, de trabalhadores, de capitais e de estabelecimento<sup>342</sup>” não pode (ou não deve) ignorar os recentes desenvolvimentos internacionais, em concreto o Plano BEPS que veio agitar os pensamentos e alertar para a luta contra a elisão fiscal que urge.

O Tribunal de Justiça da União Europeia há-de deparar-se, futuramente, com cláusulas de limitação de benefícios tal como as que aqui tivemos oportunidade de enunciar, caracterizar e escrutinar<sup>343</sup>. A sua análise, embora de certa forma influenciada por anteriores decisões, não será certamente desprovida das considerações que estimulam os debates dos tempos atuais. A elisão fiscal é uma preocupação à escala global pelo que somos levados a crer que as cláusulas de limitação de benefícios poderão, sempre através de uma análise casuística, considerar-se compatíveis com o Direito da União Europeia pela luta contra a elisão fiscal, e garantindo que o contribuinte possa demonstrar as verdadeiras razões para a realização das suas transações.

## **5. O SILÊNCIO DA COMISSÃO EUROPEIA NA DIRETIVA (UE) 2016/1164 DO CONSELHO DE 12 DE JULHO DE 2016**

---

*Tax Treaty Between Germany and Australia Implements BEPS Measures*, INTERTAX, Volume 45, Issue 4, (2017), (páginas 310-321).

<sup>341</sup> Philip Baker QC, *The BEPS Action Plan in the Light of EU Law: Treaty Abuse*, British Tax Review, N.º 3, (2015). (páginas 408-416).

<sup>342</sup> J. L. Saldanha Sanches, *Justiça Fiscal*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, (2010), (com a colaboração de João Taborda da Gama), (página 57).

<sup>343</sup> Sobre a urgência de uma doutrina coerente daquilo que se entende ser antiabuso, fala-nos Axel Cordewener, *Anti-Abuse Measures in the Area of Direct Taxation: Towards Converging Standards under Treaty Freedoms and EU Directives?*, EC TAX REVIEW, (2017/2), (páginas 60-66);

Vide, também, Maikel Evers LLM; Arnaud de Graaf, *Limiting Benefit Shopping: Use and Abuse of EC Law*, EC Tax Review, (2009-6), (páginas 279-298).

Na sua recomendação relativa ao planeamento fiscal agressivo, a Comissão assumiu a sua preocupação com a redução das receitas tributárias, causada pelo planeamento fiscal que leva a situações de dupla não tributação.

Assumindo que «*muitas vezes as medidas específicas antiabuso [se revelam] inadequadas para responder adequadamente às novas estruturas de planeamento fiscal agressivo [entendeu] oportuno recomendar a adoção pelos Estados-Membros de uma regra geral antiabuso comum*»<sup>344</sup>.

A Comissão demonstrou até, de forma expressa, a sua discordância, junto dos Países Baixos, quanto à compatibilidade de uma cláusula de limitação de benefícios – inserida numa convenção entre aquele Estado e o Japão – com o Direito da União Europeia<sup>345</sup>.

Não foi, por isso, surpreendente que não tenha sequer mencionado a inclusão de cláusulas de limitação de benefícios na sua recomendação relativa à aplicação de medidas contra práticas abusivas em matéria de convenções fiscais<sup>346</sup>. Este silêncio da Comissão quanto às cláusulas de limitação de benefícios, na sequência da sugestão constante da Ação 6 do Plano BEPS, sugerindo a inclusão de uma ‘*regra geral antielisão baseada numa avaliação do objetivo principal*’, evidencia a sua opinião sobre a (in)compatibilidade das mesmas com o Direito da União Europeia<sup>347</sup>.

---

<sup>344</sup> Bruxelas, 6.12.2012 C(2012) 8806 final, Recomendação da Comissão de 6.12.2012 relativa ao planeamento fiscal agressivo, disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/recomendacao-uniao-europeia.pdf>.

<sup>345</sup> Vide “*Taxation: Commission asks the NETHERLANDS to amend the Limitation on Benefits clause in the Dutch-Japanese Tax Treaty for the Avoidance of Double Taxation*” disponível em [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-15-6006\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-6006_en.htm).

<sup>346</sup> Recomendação (EU) 2016/136 da Comissão de 28 de janeiro de 2016 relativa à aplicação de medidas contra práticas abusivas em matéria de convenções fiscais [notificada com o número C(2016) 271], disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016H0136&from=PT>.

<sup>347</sup> No entanto, também a compatibilidade do teste do objetivo principal com o Direito da União Europeia pode ser questionável. Vide, a este propósito, Oleksandr Koriak, *The Principal Purpose Test under BEPS Action 6: Is the OECD Proposal Compliant with EU Law?*, European Taxation, December 2016, (páginas 552-559); Vide «*From an EU law perspective, the PPT is neither waterproof*», Luc De Broe & Joris Luts, *BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse*, INTERTAX, Volume 43, Issue 2, (2015), (páginas 122-146), (página 146).



A Diretiva antielisão<sup>348</sup>, que surge na sequência do Pacote antielisão<sup>349</sup>, veio consagrar, no seu artigo 6.º, uma regra geral antiabuso, nos termos da qual «[p]ara efeitos do cálculo da matéria coletável das sociedades, os Estados-Membros devem ignorar uma montagem ou série de montagens que, tendo sido posta em prática com a **finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal** que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, não seja genuína tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes»<sup>350</sup>. (realce nosso)

Resulta dos seus considerandos a necessidade de se combater a erosão das bases tributáveis através de uma regra geral antiabuso, entre outras regras, embora se ressalve que as regras deverão não só visar o combate às práticas de elisão fiscal, como também evitar a dupla tributação. Refere-se que as regras gerais antiabuso servem para ‘colmatar lacunas’, sem se colocar em causa a aplicação das regras específicas antiabuso. Ademais, é patente a preocupação com o respeito pelo Direito da União Europeia na medida em que se alerta para o facto de as regras antiabuso deverem ser endereçadas a esquemas artificiais, inautênticos<sup>351 352</sup>.

Daquela sequência de atos, cremos que a Comissão não demonstra recetividade na aplicação de cláusulas de limitação de benefícios para o combate à elisão fiscal, o que pode, de facto, indiciar um possível retrocesso no percurso destas regras ao nível europeu.

Urge encontrar-se um equilíbrio entre o ideal e o justo. Ao mesmo tempo que se compreende a necessidade de se recorrer a medidas específicas antiabuso, como as cláusulas de

---

<sup>348</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta ao funcionamento no mercado interno, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L1164&from=PT>

<sup>349</sup> Comissão Europeia, Bruxelas, 28.1.2016 COM(2016) 26 final 2016/0011 (CNS), Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno, disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0026&from=EN>.

<sup>350</sup> Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*, Almedina (2017), (página 130 e seguintes).

<sup>351</sup> Vide, a propósito de uma implementação holística das recomendações constantes do Plano BEPS no seio da União Europeia, Ana Paula Dourado, *The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?*, INTERTAX, Volume 44, Issue 6 & 7, (2016), (páginas 440-446);

Jens Wittendorff, *European Commission Anti-Tax-Avoidance Package: Unavoidably Flawed?*, Tax Notes International, March 7, (2016), (páginas 857-859).

<sup>352</sup> A regra geral antiabuso consagrada na Diretiva antielisão, ao referir-se à “*finalidade principal ou uma das finalidades principais*” parece que não se basta com a artificialidade dos esquemas. Isto representa, tal como salientado por GIANLUIGI BIZIOLI, uma desconsideração da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia que considera o aproveitamento da existência de várias jurisdições uma expressão do mercado interno. Vide: Gianluigi Bizioli, *Taking EU Fundamental Freedoms Seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive Take Precedence over the Single Market?*, EC TAX REVIEW, (2017-3), (páginas 167-175), (páginas 172, 173).

limitação de benefícios, para combater o *treaty shopping*, sabemos que, por assentarem em presunções de abuso, podem, em muitos casos, estar a criar verdadeiros entraves às liberdades fundamentais que o Direito da União Europeia prevê, que não encontram justificação plausível.

Permitir que essas presunções sejam ilididas, e a forma como tal se permite são aspetos cruciais que, segundo entendemos, trarão o equilíbrio necessário entre o ideal e o justo.

Essa difícil tarefa de encontrar um equilíbrio competirá, não só ao Tribunal de Justiça da União Europeia, enquanto guardião das liberdades, mas também às partes nos processos que àquele se façam chegar: os Estados, que deverão deixar claro o objetivo visado com a aplicação de tais cláusulas, demonstrando a sua adequação e permitindo que as presunções sejam ilididas; os próprios contribuintes que deverão poder demonstrar os motivos pelos quais as presunções de elisão, que sobre eles operaram, deverão ser ilididas.

## VI. CONCLUSÕES

1. O *'treaty shopping'* é um fenómeno levado a cabo pelos contribuintes que, conhecendo e aproveitando a existência de múltiplos ordenamentos jurídico-tributários e da vasta rede de convenções de dupla tributação, manipulam ou ajustam as suas operações ou transações de forma a que lhes sejam aplicadas regras fiscais mais favoráveis.
2. As cláusulas de limitação de benefícios surgem, nas convenções de dupla tributação, para combater o *'treaty shopping'*, impondo uma residência qualificada aos contribuintes que pretendam aceder aos benefícios que nas convenções se preveem.
3. São cláusulas específicas antiabuso extensas, altamente complexas, e com um *«campo de operatividade restrito»*, cuja aplicação é marcadamente balizada e mecânica, com pouca (ou nenhuma) margem de apreciação para a ponderação dos factos e circunstâncias dos casos concretos, por contraposição com as cláusulas gerais antiabuso.
4. A este tipo de cláusulas associa-se, não raras vezes, a certeza e segurança jurídicas que resultam da sua formulação e aplicação, precisamente pela pouca margem de discricionariedade de que dispõem as autoridades fiscais competentes aquando da sua aplicação. Não obstante, são vantagens meramente ilusórias quando nos deparamos com a complexidade e extensão que as caracterizam.
5. Às cláusulas de limitação de benefícios podemos apontar a característica predominante de combate à elisão fiscal. Assentam em presunções de abuso e aplicam-se com o objetivo de recusar o acesso (abusivo) às convenções de dupla tributação.
6. A promoção de inserção destas cláusulas de limitação de benefícios nas convenções de dupla tributação foi feita pelos Estados Unidos que, já desde 1981, recorrem a estes mecanismos para o combate ao abuso subjetivo das convenções.

7. Também a OCDE, ainda antes do Plano de ação BEPS, veio reconhecer a importância da inclusão de regras de limitação de benefícios nas convenções de dupla tributação como reação à manipulação do elemento de conexão da residência.
8. O novo Modelo de Convenção dos Estados Unidos (2016), a par do Plano de ação BEPS, mantém a assunção de que as regras de limitação de benefícios são fortes mecanismos para o combate ao *'treaty shopping'*, impondo um rígido escrutínio para garantir o acesso legítimo às convenções.
9. Na regra de limitação de benefícios daquele novo Modelo de Convenção, além de se partir do pressuposto de que determinadas entidades não atuam com pretensões elisivas – pois presume-se a existência de uma ligação suficientemente forte ao Estado Contratante, capaz de suprimir quaisquer dúvidas que possam existir quanto ao risco de *'treaty shopping'* – incluem-se, essencialmente, o *"ownership test"*, o *"base erosion test"*, o *"headquarters company test"* e o *"derivative benefits test"*, pensados para outras entidades e configurados para determinados tipos de estruturas e operações de forma a excluir as entidades que pretendam aceder às convenções de forma abusiva.
10. Os testes que na regra de limitação de benefícios do novo Modelo de Convenção dos Estados Unidos (2016) se preveem, são testes marcadamente objetivos, elaborados de forma rígida, não deixando portas abertas para a consideração de factos e circunstâncias concretas.
11. Nas convenções portuguesas podemos encontrar aquelas regras de limitação de benefícios inspiradas no exemplo americano, embora algumas não se possam chamar de verdadeiras regras de limitação de benefícios. Certo é que, em Portugal, a preocupação com o fenómeno do abuso subjetivo das convenções não é um tema recente. Ainda que o tema se tenha intensificado com os esforços da OCDE e do G20 na divulgação do Plano de ação BEPS, o sistema jurídico-tributário português tem adotado um número significativo de regras antiabuso, de entre elas cláusulas de limitação de benefícios.

12. Com efeito, da Ação 6 do Plano BEPS, visada para garantir que os benefícios fiscais são atribuídos de forma apropriada, resultou a formulação de uma cláusula de limitação de benefícios, por influência da experiência dos Estados Unidos. Esta cláusula de limitação de benefícios é protagonista, a par de uma cláusula geral antiabuso, no *standard* mínimo de atuação que se impõe para os Estados.
13. À luz daquela Ação 6 do Plano BEPS, o *standard* mínimo seria alcançado quando uma de três abordagens fosse adotada, a saber: i) inserção, nos tratados, de uma regra de limitação de benefícios combinada com uma regra do objetivo principal; ii) uma regra do objetivo principal apenas; iii) uma regra de limitação de benefícios, reforçada com um mecanismo de combate aos ‘*conduit financing arrangements*’.
14. Se a adoção da versão simplificada da regra de limitação de benefícios (que é composta por seis parágrafos) complementada com a regra geral antiabuso (prevista no sétimo parágrafo) configura uma abordagem que combina a certeza típica das regras específicas antiabuso, com a flexibilidade ou amplitude frequentemente associadas às regras gerais antiabuso, a adoção de uma versão detalhada da cláusula de limitação de benefícios resulta, por sua vez, em grande complexidade e rigidez, embora a cláusula de discricionariedade possa permitir, de certa forma, averiguar a inexistência de motivações elisivas para o acesso aos benefícios previstos nas convenções.
15. A regra de limitação de benefícios detalhada, prevista na Ação 6 do Plano BEPS, vem estabelecer a existência de residência qualificada comportando, além de todas as imposições inerentes à qualificação da residência, o “*active conduct of a business test*”, o “*derivative benefits test*” e a “*discretionary relief clause*”.
16. A regra geral do propósito principal, a que se recorre aquando da adoção da regra de limitação de benefícios simplificada, vem preencher as lacunas que eventualmente possam decorrer da formulação mais restrita e balizada da cláusula de limitação de benefícios, permitindo a recusa do acesso aos benefícios das convenções quando, atendendo a todos

os factos e circunstâncias relevantes, o acesso à convenção para beneficiar das vantagens nela contidas haja sido um dos principais objetivos da transação ou operação levada a cabo.

17. Na sequência do trabalho encetado pela OCDE e pelos países do G20, a “*Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*” foi assinada por Portugal, no dia 7 de Junho de 2017, contribuindo este passo para uma atuação coordenada dos Estados no suprimento ou atenuação das lacunas presentes na legislação fiscal internacional.
18. Naquele instrumento multilateral, visado para combater o abuso dos tratados, prescreve-se a intenção de eliminar a dupla tributação sem que, com isso, ‘se abram janelas’ para situações de baixa ou até nenhuma tributação.
19. O *standard* mínimo é alcançado, nos termos da Convenção Multilateral, através daquele teste do propósito principal, deixando-se na vontade das partes contratantes a aplicação da cláusula de limitação de benefícios simplificada (em complemento daquela regra mais geral). A adoção da versão detalhada não é excluída, embora apenas se permita a sua aplicação quando as partes contratantes acordarem nesse sentido e não faltarem ao cumprimento dos requisitos do *standard* mínimo.
20. A regra de limitação de benefícios prevista na Convenção Multilateral, baseada nas regras previstas na Ação 6 do Plano BEPS e no novo Modelo de Convenção dos Estados Unidos (2016), estabelece igualmente uma residência qualificada, comportando um “*stock exchange test*”, um “*ownership test*”, um “*active conduct of a business test*”, um “*derivative benefits test*” e uma “*discretionary relief clause*”, esta última que permite que a presunção de abuso subjacente à aplicação daquela regra seja ilidida.
21. O ‘sucesso’ da Ação 6 do Plano BEPS, no que ao incentivo ao recurso às regras de limitação de benefícios respeita, é inegável. Ainda que na Convenção Multilateral se dê primazia à cláusula do propósito principal para o cumprimento do *standard* mínimo, a inclusão de regras de limitação de benefícios nos moldes que aferimos, não foi excluída.

22. Compreendendo a importância do recurso a estas cláusulas de limitação de benefícios, enquanto mecanismos de combate ao *'treaty shopping'*, não podemos descurar o impacto que da sua aplicação poderá resultar na esfera do Direito da União Europeia, concretamente no que concerne à liberdade de estabelecimento, à livre circulação de capitais, bem como à livre prestação de serviços que do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia se destacam.
23. Não deixamos de considerar, também, especial importância no cumprimento das liberdades europeias, quando em causa esteja a inclusão de regras de limitação de benefícios, em convenções de dupla tributação entre Estados terceiros e Estados-Membros da União Europeia, pois estes últimos estão obrigados a respeitar o Direito da União Europeia, independentemente da política convencional que adotem. Importa, isso sim, que o Direito da União Europeia não seja desrespeitado.
24. Por limitarem o acesso aos benefícios das convenções aos residentes qualificados, as regras de limitação de benefícios são suscetíveis de criar entraves ou restrições ao gozo das liberdades fundamentais garantidas pelo Direito da União Europeia.
25. Em abstracto, a liberdade de estabelecimento aparece limitada em resultado da aplicação do *stock exchange test*, *ownership test*, *base erosion test*, *active conduct of a business test* e do *derivative benefits test*, já que todos eles implicam, de certa forma, um gozo muito restrito daquela liberdade.
26. Alguns daqueles testes, tais como o *stock Exchange test*, o *ownership test*, o *base erosion test* e o *derivative benefits test*, colocam em causa também a livre circulação de capitais, uma vez que, através da sua aplicação, limita-se a escolha pela bolsa de valores onde registar as ações de uma empresa e limita-se a escolha dos investidores, para uma empresa, consoante a sua residência.
27. Também a livre prestação de serviços poderá ver-se limitada em resultado da aplicação do *base erosion test* e do *active conduct of a business test*, 'impedindo', de certa forma, o

recurso a serviços prestados a partir de residentes noutros Estados-Membros, e ignorando a substancialidade inerente às atividades de administração.

28. Importa notar que, além de serem maioritariamente constituídas por vários testes que não deixam espaço aberto para uma avaliação do caso concreto, as cláusulas de limitação de benefícios incluem também cláusulas subjetivas que, embora atenuem os efeitos restritivos emergentes da aplicação daquelas regras, acabam por trazer incerteza e imprevisibilidade à sua aplicação, em prejuízo do princípio da segurança jurídica que é, também, um princípio de Direito da União Europeia.
29. Enquanto regras específicas antiabuso, suscetíveis de criar entraves ao pleno gozo das liberdades garantidas pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, as cláusulas de limitação de benefícios podem, apesar disso, encontrar justificação para a sua aplicação, devendo, ainda, sujeitar-se ao crivo da proporcionalidade.
30. Exige-se que as convenções de dupla tributação sejam compatíveis com a liberdade de circulação e com a não discriminação que lhes subjaz e, ao mesmo tempo, pretende-se salvaguardar o equilíbrio e a reciprocidade inerentes às convenções de dupla tributação. Partindo desta ideia e, até, da própria decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *ACT*, tudo nos levaria a crer que as regras de limitação de benefícios, no final do dia, seriam compatíveis com o Direito da União Europeia.
31. No entanto, aquela decisão pecou por falta de fundamentação e pela errada referência e ponto de partida da decisão daquele douto Tribunal no caso *D.*. Tal como tivemos oportunidade de analisar, as cláusulas de limitação de benefícios assentam em presunções de elisão fiscal que, como sabemos, só são toleradas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, à luz da sua jurisprudência, quando configurem presunções ilidíveis.
32. Enquanto, no caso *D.*, se ‘discutia’ a imposição de uma cláusula da nação mais favorecida, que consequentemente levaria a uma diminuição dos poderes de tributação, no caso *ACT*



estava em causa a aplicação de uma cláusula de limitação de benefícios que, ao invés de diminuir aqueles poderes, visava mantê-los.

33. Entendemos que a análise da compatibilidade das regras de limitação de benefícios com o Direito da União Europeia tem de ser feita em consideração da necessidade de se acautelar ou combater o *'treaty shopping'*, e não apenas tendo por base o esquema de *'give and take'* inerente às convenções de dupla tributação que assentam num equilíbrio e reciprocidade próprios.
34. Assumindo que, de um modo geral, as regras de limitação de benefícios são restritivas e que foram pensadas e são consagradas nas convenções de dupla tributação para prevenir o fenómeno do *'treaty shopping'*, entendemos que estas poderão encontrar justificação precisamente no objetivo que visam, sempre com base numa análise das circunstâncias e factos que compõem os casos concretos. A jurisprudência desenvolvida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia elucida-nos nesse sentido, na medida em que se estatui que a prevenção da *'tax avoidance'* constitui um objetivo legítimo de interesse geral capaz de justificar uma restrição ao exercício das liberdades fundamentais que no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia se preveem.
35. Ainda que se aceite a *'tax avoidance'* como justificação para medidas restritivas, as imposições relacionadas com a sua adequação e proporcionalidade não podem ser descuradas. À luz do entendimento daquele douto Tribunal, medidas restritivas podem ser justificadas pelo combate à elisão fiscal quando tenham sido especificamente pensadas para combater esquemas puramente artificiais, através dos quais é pretensão do contribuinte contornar a lei, para aceder a determinadas vantagens fiscais, ou quando, apesar de não terem sido pensadas para combater aqueles *'wolly artificial arrangements'*, visem combater a elisão fiscal e a repartição equilibrada de competências (consideradas em conjunto).
36. Prova de que o caso *ACT* não 'serviu' de muito ao debate da compatibilidade das regras de limitação de benefícios com o Direito da União Europeia é o facto de a Comissão Europeia

nem sequer o ter considerado aquando da análise a que procedeu da regra de limitação de benefícios contida na convenção de dupla tributação celebrada entre os Países Baixos e o Japão. Daquela análise, resultou uma ‘advertência’ para que os Países Baixos, enquanto Estado-Membro da União Europeia, alterassem a sua convenção, de forma a não permitirem que fosse dado um tratamento diferenciado às empresas detidas por acionistas residentes nos Países Baixos, penalizando-se as que fossem detidas por residentes noutros Estados-Membros ou Estados do Espaço Económico Europeu. De acordo com a Comissão Europeia, também não se devia, à luz das liberdades consagradas pelo Direito da União Europeia, permitir que as empresas registadas numa bolsa de valores nos Países Baixos fossem beneficiadas, em detrimento das que o estivessem, numa qualquer outra bolsa de valores.

37. Defendemos que, embora se identifiquem problemas de compatibilidade *ab initio*, a resposta final não pode ser dada sem que, antes, se indague sobre a justificação, a adequação e a proporcionalidade que, no caso concreto, se poderão verificar.
38. Entendemos que a jurisprudência firmada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, os argumentos invocados pelos Estados e o entendimento preconizado pelos Advogados-Gerais são importantes instrumentos de auxílio na tarefa de avaliar a compatibilidade das cláusulas de limitação de benefícios com o Direito da União Europeia.
39. As preocupações primaciais dos Estados estão intimamente ligadas à ideia de assegurar os seus poderes de tributar, garantindo que as informações disponibilizadas pelos contribuintes são verdadeiras e que, por isso, justificam a concessão de tratamentos mais favoráveis (caso *Futura*); garantindo que os benefícios ou tratamentos fiscais mais favoráveis que concedem, são compensados pela tributação que decorre das suas competências (casos *ICI*, *Saint-Gobain*, *Baars*, *Metallgesellschaft E. O.*, *Marks & Spencer*); garantindo que as convenções de dupla tributação implicam cedências de parte a parte, não sendo razoável comprometer o equilíbrio e a reciprocidade que delas resulta, ao destacarem-se benefícios delas emergentes por força do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, e das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado sobre o

Funcionamento da União Europeia (casos *Saint-Gobain*, *Gottardo*, *D.*, *ACT*); garantindo que os contribuintes não se aproveitam dos diferentes ordenamentos jurídico-tributários para se subterfugarem à aplicação da lei menos favorável (caso *Centros*) ou que, simplesmente, desenvolvam esquemas puramente artificiais para suscitar a aplicação de leis menos favoráveis (casos *Lankhorst-Hohorst*, *Marks & Spencer*, *Cadbury Schweppes*, *SGI*).

40. Os Advogados-Gerais, por sua vez, concluem, tendencialmente, pelo respeito do Direito da União Europeia, enquanto princípio basilar que deve presidir na atuação dos Estados (casos *Futura*, *Saint-Gobain*, *Baars*, *Metallgesellschaft E O.*, *Open Skies*). Além de se ter concluído que o aproveitamento da existência dos vários ordenamentos jurídico-tributários não seria de se considerar, *per se*, abusivo (caso *Centros*), estes assumem, via de regra, uma posição bastante rigorosa, não só de forma a garantir que as legislações em análise visam efetivamente, e de forma adequada, evitar situações de evasão fiscal (caso *ICI*) e os esquemas puramente artificiais (casos *Lankhorst-Hohorst*, *Cadbury Schweppes*), mas também para se certificarem das razões que levariam os contribuintes a realizar determinadas transações (casos *Marks & Spencer*, *Cadbury Schweppes*, *SGI*). E, relativamente à repartição equilibrada de competências para tributar, estes seguem, tendencialmente, o entendimento de que uma extensão do âmbito de aplicação das convenções se pode justificar para garantir que o Direito da União Europeia seja respeitado, quando assegurar esse respeito se consiga através da atuação de um só Estado, não sendo abalados o equilíbrio e a reciprocidade das convenções (casos *Saint-Gobain*, *Gottardo*, *D.*). Contudo, contrariamente a este entendimento, e por influência da decisão no caso *D.*, aquando da análise do caso *ACT*, o Advogado-Geral centrou a sua argumentação nas ideias de equilíbrio e reciprocidade inerentes às convenções.

41. Em todos os casos analisados, indagou-se das discriminações ou restrições às liberdades garantidas pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Da análise à jurisprudência eleita, podemos afirmar que, apesar das restrições que possam advir em resultado da aplicação de uma cláusula de limitação de benefícios, elas poderão encontrar-

se justificadas por razões imperiosas de interesse geral, devendo ainda ser adequadas aos objetivos que prossigam, não ultrapassando o necessário para os atingirem.

42. Cumpre-nos destacar a repartição equilibrada de competências para tributar entre os Estados-Membros, bem como a luta contra a elisão fiscal. Não defendemos que o equilíbrio e a reciprocidade inerentes às convenções de dupla tributação possam justificar, por si só, a aplicação de cláusulas de limitação de benefícios, até porque entendemos serem argumentos válidos no contexto da aplicação da cláusula da nação mais favorecida, que implica um raciocínio diferente.
43. A luta contra a elisão fiscal preside no recurso às cláusulas de limitação de benefícios, enquanto instrumentos de combate ao *'treaty shopping'*. Contudo, estas cláusulas são compostas por testes que, além de não visarem os *'wolly artificial arrangements'*, assentam em presunções de abuso, em princípio, inilidíveis. Mas sabemos que, mesmo não sendo pensadas e aplicadas para combater esquemas puramente artificiais, elas poderão encontrar justificação na repartição equilibrada de competências, conjugada com a luta contra a elisão fiscal (caso *SGI*).
44. O Tribunal de Justiça da União Europeia há-de, seguramente, deparar-se com cláusulas de limitação de benefícios tal como as que aqui se enunciaram, caracterizaram e escrutinaram. Ainda que se admita que a análise do Tribunal seja, de certa forma, influenciada por anteriores decisões, entendemos que não será, certamente, desprovida das considerações que estimulam os debates dos tempos atuais. A elisão fiscal é uma preocupação à escala global, o que nos leva a crer que as cláusulas de limitação de benefícios poderão, sempre através de uma análise do caso concreto, considerar-se compatíveis com o Direito da União Europeia, pela luta contra a elisão fiscal, garantindo-se que o contribuinte possa demonstrar as verdadeiras razões para a realização das suas transações.
45. Não se desconsidera, contudo, o facto de a Comissão Europeia não demonstrar recetividade no recurso a cláusulas de limitação de benefícios para combater o abuso dos tratados. Ora, a sua recomendação relativa ao planeamento fiscal agressivo, a sua posição relativamente

à convenção de dupla tributação entre os Países Baixos e o Japão, a sua falta de pronúncia, quanto ao recurso a estas cláusulas, na recomendação relativa à aplicação de medidas contra práticas abusivas em matéria de convenções fiscais, bem como a consagração de uma cláusula geral antiabuso na Diretiva antielisão, levam-nos a questionar a existência de um possível retrocesso no percurso destas regras ao nível europeu.

46. Ao mesmo tempo que se compreende a necessidade de se recorrer a medidas específicas antiabuso, como as cláusulas de limitação de benefícios, para combater o abuso dos tratados, sabemos que, por assentarem em presunções de abuso, podem, em muitos casos, constituir verdadeiros entraves às liberdades. Permitir que as presunções sejam ilididas, e indagar da forma como tal é permitido, são espetos cruciais que trarão o equilíbrio almejado.

47. A difícil tarefa de encontrar um equilíbrio entre o ideal e o justo competirá, não só ao Tribunal de Justiça da União Europeia, enquanto guardião das liberdades, mas também às partes nos processos que àquele se façam chegar. Os Estados deverão deixar bem claro o objetivo que visam com a aplicação de tais cláusulas, demonstrando a sua adequação e permitindo que as presunções sejam ilididas. Os próprios contribuintes deverão poder demonstrar os motivos pelos quais as presunções de abuso, que sobre eles operaram, deverão ser ilididas.

## VII. BIBLIOGRAFIA

- BAKER QC, Philip, '*The BEPS Action Plan in the Light of EU Law: Treaty Abuse*', British Tax Review, N.º 3, (2015). (páginas 408-416).
- BIZIOLI, Gianluigi, '*Taking EU Fundamental Freedoms Seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive Take Precedence over the Single Market?*', EC TAX REVIEW, (2017-3), (páginas 167-175).
- CORDEWENER, Axel, '*Anti-Abuse Measures in the Area of Direct Taxation: Towards Converging Standards under Treaty Freedoms and EU Directives?*', EC TAX REVIEW, (2017/2), (páginas 60-66).
- COURINHA, Gustavo Lopes, '*BEPS e o sistema fiscal português: uma primeira incursão*', Cadernos de Justiça Tributária, N.º 04 Abril/Junho, (2014), (páginas 3-10).
- COURINHA, Gustavo Lopes, '*Estudos de Direito Internacional Fiscal*', AAFDL Editora, (2015), (páginas 305-307).
- COURINHA, Gustavo Lopes, '*Tax Avoidance Revisited – Portugal*', (2015), (páginas 1-14), disponível em: [http://www.eatlp.org/uploads/public/Portugal%20\(25%20Nov%202015\).pdf](http://www.eatlp.org/uploads/public/Portugal%20(25%20Nov%202015).pdf) (acesso em 30 de Maio de 2018).
- COURINHA, Gustavo Lopes, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário – Contributos para a sua Compreensão*, Almedina (2004).
- COURINHA, Gustavo Lopes, *A Residência no Direito Internacional Fiscal – Do abuso subjectivo de convenções*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Económicas Especialidade de Direito Fiscal (2011).
- CUELLAR, David; SANCHEZ, Nidia, '*Limitation of benefits and anti-abuse rules in Mexico's tax agreements*', International Tax Review, April, (2015), (páginas 43 e 44).
- DE BROE, Luc; LUTS, Joris, '*BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse*', INTERTAX, Volume 43, Issue 2, (2015), (páginas 122-146).
- DEBELVA, Filip; SCORNOS, Dina; BERGHEN, Jan Van den; BRABAND, Pieter Van, '*LOB Clauses and EU-Law Compatibility: A Debate Revived by BEPS?*', EC TAX REVIEW, (2015/3), (páginas 132-143).
- DOURADO, Ana Paula, '*Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6*', INTERTAX, Volume 43, Issue 1, (2015), (páginas 42-57).
- DOURADO, Ana Paula, '*Do caso Saint-Gobain ao caso Metallgesellschaft: o âmbito do princípio da não-discriminação do estabelecimento estável no Tratado da Comunidade Europeia e a cláusula da nação mais-favorecida*', in Planeamento e Concorrência fiscal internacional, Fisco, (2003), (páginas 91-117).

- DOURADO, Ana Paula, ‘*May you live in Interesting Times*’, *INTERTAX*, Volume 44, Issue 1, (2016), (páginas 2-5).
- DOURADO, Ana Paula, ‘*The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?*’, *INTERTAX*, Volume 44, Issue 6&7, (2016), (páginas 440-446).
- DOURADO, Ana Paula, ‘*The EU Free Movement of Capital and Third Countries: Recent Developments*’, *INTERTAX*, Volume 45, Issue 3, (2017), (páginas 192-204).
- DOURADO, Ana Paula, *Direito Fiscal Lições*, Almedina (2016).
- DOURADO, Ana Paula, *Governança Fiscal Global*, Almedina (2017).
- DOURADO, Ana Paula, *Lições de Direito Fiscal Europeu, Tributação Directa*, Coimbra Editora (2010).
- ENGLMAIR, Vanessa E., ‘*The Relevance of the Fundamental Freedoms for Direct Taxation, in Introduction to European Tax Law: Direct Taxation*’, Third Edition, Editors: Michael Lang, Pasquale Pistone, Josef Schuch, Claus Staringer, Spiramus, (2013), (páginas 43-92).
- EVERS LLM, Maikel; DE GRAAF, Arnaud, ‘*Limiting Benefit Shopping: Use and Abuse of EC Law*’, *EC Tax Review*, (2009-6), (páginas 279-298).
- FLEMING, J. Clifton Jr., ‘*Searching for the Uncertain Rationale Underlying the US Treasury’s Anti-treaty Shopping Policy*’, *INTERTAX*, Volume 40, Issue 4 (2012).
- FREIRE, Paula Vaz, *Mercado Interno e União Económica e Monetária – Lições de Direito Económico da União Europeia*, AAFDL (2013).
- GINGELL, Stephen, ‘*The Taxation of outbound dividends in the EC: Has AG Geelhoed got it right?*’, *The EC Tax Journal*, Volume 9, Issue 1, (2007), (páginas 11-22).
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *Direito da União – História, Direito, Cidadania, Mercado interno e Concorrência*, 6ª Edição, Almedina (2010).
- GOVIND, Sriram; PISTONE, Pasquale, ‘*The Relationship Between Tax Treaties and the Multilateral Instrument: Compatibility Clauses in the Multilateral Instrument*’, in *The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties Analysis and Effects* (Edited by Michael Lang, Pasquale Pistone, Alexander Rust, Josef Schuch, Claus Staringer), Wolters Kluwer (2018).
- HANSSON, Lina, ‘*The Compatibility of Limitation on Benefits provisions in Tax Treaties with EC Law – a Master Thesis*’, Faculty of Law University of Lund, (2006).
- HERZFELD, Mindy, ‘*The Purpose of Treaties: Not Always About Double Taxation*’, *Tax Notes International*, February 22, (2016), (páginas 627-630).
- HERZFELD, Mindy, ‘*Treaty Abuse – The Principal Purpose Test*’, *Tax Notes International*, February 1, (2016), (páginas 388-391).
- JOHNSTON, Stephanie Soong, ‘*OECD Proposes Framework for BEPS Implementation*’, *Tax Notes International*, February 29, (2016), (páginas 727-728).

- JULIEN, Rita; KOCH, Petra; SZUDOCZKY, Rita, ‘*What has changed in the Limitation on Benefits Clause of the 2016 US Model?: Technical Modifications, Policy Considerations and Comparisons with Base Erosion and Profit Shifting Action 6*’, INTERTAX, Volume 45, Issue I, (2017), (páginas 12-37).
- KEMMEREN, Eric C.C.M., ‘*Where is EU Law in the OECD BEPS Discussion?*’, EC TAX REVIEW, (2014/4), (páginas 190-193).
- KOFLER, Georg W., ‘*European Taxation Under an ‘Open Sky’: LoB Clauses in Tax Treaties Between the U.S. and EU Member States*’, Tax Notes International, July, 5, (2004), (páginas 45-89).
- KORIAK, Oleksandr, ‘*The Principal Purpose Test under BEPS Action 6: Is the OECD Proposal Compliant with EU Law?*’, European Taxation, December 2016, (páginas 552-559).
- KUZNIAK, Blazej, ‘*The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 1*’, INTERTAX, Volume 46, Issue I, (2018), (páginas 68-79).
- KUZNIAK, Blazej, ‘*The Limitation on Benefits Provision in BEPS Action 6/Multilateral Instrument: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 2*’, INTERTAX, Volume 46, Issue 2, (2018), (páginas 124-139).
- LANG, Michael, ‘*BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties*’, Special Reports, Tax Notes International, Volume 74, Number 7, May 19, (2014), (páginas 655-664).
- LANGER, Andreas, ‘*The Legal Relevance of the Minimum Standard in the OECD/BEPS Project*’, in *The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties Analysis and Effects* (Edited by Michael Lang, Pasquale Pistone, Alexander Rust, Josef Schuch, Claus Staringer), Wolters Kluwer (2018).
- MALLERBE, Jacques; DELATTRE, Olivier, ‘*Compatibility of the Limitation on Benefits Provisions with EC Law*’, European Taxation, January (1996), (páginas 12-20).
- MAURER, Ludmilla; PORT, Christian; ROTH, Tom; WALKER, John, ‘*A Brave New Post-BEPS World: New Double Tax Treaty Between Germany and Australia Implements BEPS Measures*’, INTERTAX, Volume 45, Issue 4, (2017), (páginas 310-321).
- MILADINOVIC, Alexandra; RUST, Alexander, ‘*Options under the Multilateral Instrument*’, in *The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties Analysis and Effects* (Edited by Michael Lang, Pasquale Pistone, Alexander Rust, Josef Schuch, Claus Staringer), Wolters Kluwer (2018).
- MORENO, Andrés Báez, ‘*GAARS and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6?*’, INTERTAX, Volume 45, Issue 6 & 7, (2017), (páginas 432-446).
- NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, 8ª Edição, Almedina (2015).
- O’SHEA, Tom, ‘*Limitation on Benefit (LOB) clauses and the EU part II*’, International Tax Report, November, (2008), (páginas 1-8).



- O'SHEA, Tom, '*Limitation on Benefits Clauses and EU Law: Examining the Japan-Netherlands LOB*', Tax Notes International, April 18, (2016), (páginas 289-304).
- OSTERWEIL, Eric, '*Are LOB provisions in Double Tax Conventions Contrary to EC Treaty Freedoms?*', EC Tax Review (2009-5), (páginas 236-248).
- PEREIRA, Paula Rosado, '*Princípios do Direito Fiscal Internacional: do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu*', Almedina (2010).
- PISTONE, Pasquale, '*The Impact of European Law on the Relations with Third Countries in the Field of Direct Taxation*', INTERTAX, Volume 34, Issue 5, (2006), (páginas 234-244).
- PISTONE, Pasquale, *The Impact of Community Law on Tax Treaties*, Kluwer Law International, (2002).
- PISTONE, Pasquale; JULIEN, Rita; CANNAS, Francesco, '*Can the Derivative Benefits Provision and the Competent Authority Discretionary Relief Provision render the OECD-proposed LoB Clause Compatible with EU Fundamental Freedoms?*', Michael Lang, Pasquale Pistone, Alexander Rust, Josef Schuch, Claus Staringer, in *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*, Linde Verlag, (2016).
- PLANSKY, Patrick; SCHNEEWEISS, Hermann, '*Limitation on Benefits: From the US Model 2006 to the Act Group Litigation*', INTERTAX, Volume 35, Issue 8/9, (2007), (páginas 484-493).
- PRECHAL, Sacha, '*EC Law: The Framework*', in *The Compatibility of Anti-Abuse Provisions in Tax Treaties with EC Law*, Editors Peter HJ Essers, Guido JME de Bont, Eric CCM Kemmeren, Eucotax, Kluwer Law International, (1998), (páginas 1-16).
- REIMER, Ekkehart; RUST, Alexander, '*Article 1*', Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, 4.º ed., The Netherlands, (2015).
- ROHATGI, Roy, *Basic International Taxation*, Kluwer Law International, (2002).
- SANCHES, J. L. Saldanha, *Justiça Fiscal*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, (2010), (com a colaboração de João Taborda da Gama).
- SANCHES, J. L. Saldanha, *Os limites do planeamento fiscal – substância e forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra Editora, (2006).
- SCICLUNA, Maria Borg, '*An Analysis of the Limitation on Benefits Clause in the New US-Malta Double Taxation Agreement*', The EC Tax Journal, Volume 12, (2011-12), (páginas 211-247).
- TERRA, Ben J.; WATTEL, Peter J., *European Tax Law*, Sixth Edition, Kluwer Law International, (2012).
- VEGA BORREGO, Félix Alberto, '*Las medidas antielusión en la normativa interna española con proyección internacional*', in *Fiscalidad Internacional*, Diretor Fernando Serrano Antón, 2.<sup>a</sup> Edición, Centro de Estudios Financieros (2005), (páginas 755-779).
- VEGA BORREGO, Félix Alberto, '*The Special Tax Regimes Clause in the 2016 U.S. Model Income Tax Convention*', INTERTAX, Volume 45, Issue 4, (2017), (páginas 296-309).

VOGEL, Klaus; GUTMANN, Daniel; DOURADO, Ana Paula, '*Tax Treaties between Member States and Third States: 'reciprocity' in bilateral tax treaties and non-discrimination in EC Law*', EC Tax Review, (2006-2), (páginas 83-94);

WITTENDORFF, Jens, '*European Commission Anti-Tax-Avoidance Package: Unavoidably Flawed?*', Tax Notes International, March 7, (2016), (páginas 857-859).

XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional*, 2ª Edição Almedina (2009) (colaboração de Clotilde Celorico Palma e Leonor Xavier).

ZESTER, Anitza, '*Can the Most-Favoured Nation Principle Influence the Use of Limitation on Benefits Clauses in Tax Treaties?*', INTERTAX, Volume 34, Issue 3, (2006), (páginas 143-150).

### **JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA**

C-196/04, *Cadbury Schweppes*, de 12 de setembro de 2006.

C-212/97, *Centros*, de 9 de março de 1999.

C-250/95, *Futura*, de 15 de maio de 1997.

C-251/98, *Baars*, de 13 de abril de 2000.

C-255/02, *Halifax*, de 21 de fevereiro de 2006.

C-264/96, *ICI*, de 16 de julho de 1998.

C-279/00, *Comissão/Itália*, de 7 de fevereiro de 2002.

C-307/97, *Saint Gobain*, de 21 de setembro de 1999.

C-311/08, *SGI*, de 21 de janeiro de 2010.

C-324/00, *Lankhorst Hoorst*, de 12 de dezembro de 2002.

C-336/96, *Gilly*, de 12 de maio de 1998.

C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, de 12 de dezembro de 2006.

C-376/03, *D.*, de 5 de julho de 2005.

C-397/98, *Metallgesellschaft E O.*, de 8 de março de 2001.

C-446/03, *Marks & Spencer*, de 13 de dezembro de 2005.

C-466/98, *Comissão vs. Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte*, de 5 de novembro de 2002.

C-467/98, *Open Skies*, de 5 de novembro de 2002.

C-55/00, *Gottardo*, de 15 de janeiro de 2002.

## CONCLUSÕES DE ADVOGADOS-GERAIS

Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-311/08, *SGL*, em 10 de setembro de 2009.

Conclusões do Advogado-Geral Antonio Tizzano, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-466/98, *Comissão vs. Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte*, em 31 de janeiro de 2002.

Conclusões do Advogado-Geral Carl Otto Lenz, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-250/95, *Futura*, em 5 de novembro de 1996.

Conclusões do Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-55/00, *Gottardo*, em 5 de abril de 2001.

Conclusões do Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-376/03, *D.* em 26 de outubro de 2004.

Conclusões do Advogado-Geral Jean Mischo, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-307/97, *Saint-Gobain*, em 2 de março de 1999.

Conclusões do Advogado-Geral Jean Mischo, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, em 26 de setembro de 2002.

Conclusões do Advogado-Geral L. A. Geelhoed, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, em 23 de fevereiro de 2006.

Conclusões do Advogado-Geral Miguel Poiares Maduro, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-446/03, *Marks & Spencer*, em 7 de abril de 2005.

Conclusões do Advogado-Geral Nial Fennelly, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-397/98, *Metallgesellschaft E O.*, em 12 de setembro de 2000.

Conclusões do Advogado-Geral Philippe Léger, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-196/04, *Cadbury/Schweppes*, em 2 de maio de 2006.

Conclusões do Advogado-Geral Siegbert Alber, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-251/98, *Baars*, em 14 de outubro de 1999.

Conclusões do Advogado-Geral Antonio La Pergola, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-212/97, *Centros*, em 16 de julho de 1998.

Conclusões do Advogado-Geral Giuseppe Tesauro, apresentadas no âmbito do processo do Tribunal de Justiça da União Europeia C-264/96, *ICI*, em 16 de dezembro de 1997.

## OUTROS DOCUMENTOS CONSULTADOS

Bruxelas, 6.12.2012 C(2012) 8806 final, Recomendação da Comissão de 6.12.2012 relativa ao planeamento fiscal agressivo, disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/recomendacao-uniao-europeia.pdf> (acesso em 30 de maio de 2018).

Comissão Europeia, Bruxelas, 28.1.2016 COM(2016) 26 final 2016/0011 (CNS), Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno, disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0026&from=EN> (acesso em 30 de maio de 2018).

Convenção entre a República Portuguesa e a República da Estónia para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de Impostos sobre o Rendimento.

Convenção entre a República Portuguesa e a República da Letónia para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de Impostos sobre o Rendimento.

Convenção entre a República Portuguesa e a República da Lituânia para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de Impostos sobre o Rendimento.

Convenção entre a República Portuguesa e a República de Malta para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de Impostos sobre o Rendimento.

Convenção entre a República Portuguesa e a República do Panamá para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de Impostos sobre o Rendimento.

Convenção entre a República Portuguesa e Barbados para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de Impostos sobre o Rendimento.

Convenção entre a República Portuguesa e o Principado de Andorra para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de Impostos sobre o Rendimento.

Convenção entre a República Portuguesa e o Reino da Suécia para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de Impostos sobre o Rendimento.

Convenção entre a República Portuguesa e os Estados Unidos da América para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de Impostos sobre o Rendimento.

Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta ao funcionamento no mercado interno, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L1164&from=PT> (acesso em 30 de maio de 2018).

Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2006 relativa aos serviços no mercado interno.

Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, versão em inglês, disponível em: <https://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf> (acesso em 30 de maio de 2018).

Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting’, de 24 de Novembro de 2016, versão em inglês, disponível em: <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf> (acesso em 30 de maio de 2018).

OCDE, *Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património, Versão Condensada*, 22 de Julho de 2010.

OECD (2017), *BEPS Action 6 on Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Peer Review Documents*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD, Paris. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-action-6-preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstance-peer-review-documents.pdf> (acesso em 30 de maio de 2018).

OECD (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing, 21 November 2017.

OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, ‘*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*’, Action 6: 2015 Final Report, disponível em: <http://www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm> (acesso em 30 de maio de 2018).

Preamble to 2016 U.S. Model Income Tax Convention (February 17, 2016), disponível em: <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Preamble-US%20Model-2016.pdf> (acesso em 30 de Maio de 2018).

Recomendação (EU) 2016/136 da Comissão de 28 de janeiro de 2016 relativa à aplicação de medidas contra práticas abusivas em matéria de convenções fiscais [notificada com o número C(2016) 271], disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016H0136&from=PT> (acesso em 30 de maio de 2018).

Taxation: Commission asks the NETHERLANDS to amend the Limitation on Benefits clause in the Dutch-Japanese Tax Treaty for the Avoidance of Double Taxation, disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-15-6006 en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-6006_en.htm) (acesso em 30 de maio de 2018).

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, Jornal Oficial da União Europeia, C 326, 26 de outubro de 2012, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT> (acesso em 30 de maio de 2018).

United States Model Income Tax Convention (February 17, 2016), disponível em: <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Treaty-US%20Model-2016.pdf> (acesso em 30 de Maio de 2018).